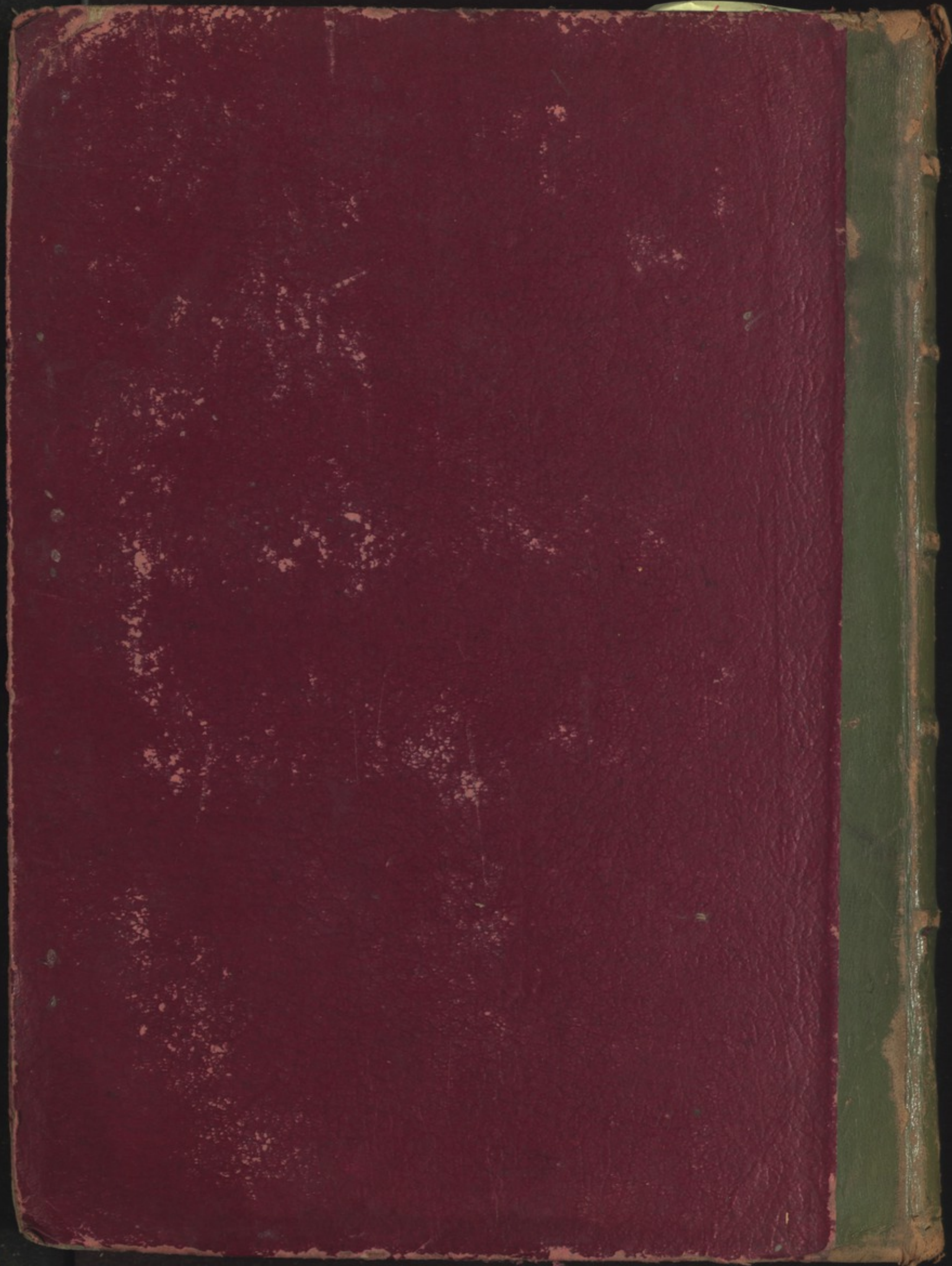


١/١٠/١٣
جـ ٤
⑤ أمهات

(فهرست)

الجزء الرابع

من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنز

ح

الجزء الرابع

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد دهره ووحيد عصره فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى نفعنا الله ببركته وأسكنه فسيح جنته آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد الله الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم فسيح الجنان

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٤ هجرية

﴿فهرست الجزء الرابع من شرح العلامة الزيلعى على متن الكنز﴾

﴿تمت﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبع على بيع أخيه أي لا يشتر على شراء أخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع وقال الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه • والشيب ليس لبائعيه تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فما تلوناه وقوله

وفي بعض نسخ المتن البيوع اه ومناسبة البيع بالوقف من حيث ان في كل منهما ازالة الملك ففي الوقف بزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه وفي البيع بزول الملك عن البائع ويدخل في ملك المشترى فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من أن الوقف فيه زوال بلا دخول والبيع فيه زوال ودخول والمفرد سابق على المركب فلذا أخر ذكر البيع عنه اه اتقاني رحمه الله وكتب مانصه ثم البيع مصدر فقد راد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد راد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك اه كمال رحمه الله قال الكمال وأما مفهومه لغة وشرعا تعالى فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وأن الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اه (قوله يقال باع كذا) ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال وقد كتبت على هامش المجمع في باب المضاربة حاشية من المصباح نافعة هنا اه وكتب مانصه وركنه الايجاب والقبول لانهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم وكذا ما كان في معناهما وشرطه أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل ومحله المال لانه ينبئ عنه شرعا وحكمه ثبوت الملك للمشترى في المبيع وللبائع في الثمن اذا كان باتا وعند الاجازة اذا كان موقوفا اه اختيار (قوله في المتن بالتراضي) وهذا التعريف يتناول القرض أيضا اه (قوله وفي اللغة هو مطلق المبادلة) وكذا الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم وقال أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا فان وجد تمليك المال بالمنافع فهو اجارة أو نكاح وان وجد مجانا فهو هبة اه اختيار وفي مشكلات خواهر زاده قال فخر الاسلام البيع في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال وفي الشرع هكذا أيضا وكذا الشراء والاشتراء والابتياع وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه الالفاظ على فعل البائع والمشترى على سبيل

الاشتراك قال تعالى وشروه أي باعوه الا أن في العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء والاشتراء والابتياع بالمشترى اه وكتب مانصه وقال المصنف في آخر باب البيع الفاسد قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته قال الشارح وشرط أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية اه (قوله وأما السنة فما روى) في السنن مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة اه اتقاني (قوله في المتن وبلزم) أي ينعقد البيع انعقادا لازما اه عيني (قوله في المتن بايجاب) وهو في اللغة الاثبات وفي الفقه ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين لانه يثبت خيار القبول للآخر انتهى شمني وكتب على قوله بايجاب قال الاتقاني والايجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولا سمي به لان الايجاب نقيض السلب وهو الاثبات والمتكلم منهما أولا بقوله بعت أو اشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن ينضم اليه قول الآخر أو سمي به لان قوله بعت واشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجود فكان قوله بعت أو اشتريت ايجابا لانه قبل التلفظ به كان في حيز الامكان فصار بعد

تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فما روى أنه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فأقرهم عليه وأما الاجماع فان الامة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك قال رحمه الله (ويلزم بايجاب وقبول) وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشترى والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أولى لما عهدنا في الشرع أن الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مرادا وما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية التراد تأويل منه وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفه عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما أدركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع أي اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد به وأما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل أنه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمرا واسماعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار لزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب أن يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل أن يقضي الكفيل أو دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما أن يرجعا فيه لان حق الكفيل

التلفظ واجب الوجود لغيره ثم سمي كلام الآخر قبولا لما أوجبه الآخر وان كان هو ايجابا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق اه وكتب عليه أيضا قال الكمال والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشترى كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقوله في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم وهو كذلك فان من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله في جعله مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بألف من صور التعاطي كما فعله بعضهم نظر وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق انتهى ما قاله الكمال رحمه الله (قوله في المتن وقبول) أي وهو ما ذكر آخرا من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع اه شمني (قوله لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها) أي وان لم يفترقا بالابدان انتهى (قوله وما ذكروه يوجب التمام) أي من أن المراد التفرق بالاقوال اه

والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله ويتعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت أواشتريت أورضيت أوأعطيتك أوخذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائهما وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الااذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبى حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له أن يفرق فى القبض عند اتحاد العقد بايفاء ثمن البعض أوابرائه أوتأجيله قال رحمه الله (ويتعاطى) أى يلزم بالتعاطى أيضا ولافرق بين أن يكون المبيع خسيسا أونفيسا وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شئ خسيس لجريان العادة ولا ينعقد فى النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لابصورة اللفظ وقد وجد التراضى من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطى قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكتفى بتسليم المبيع قال رحمه الله (وأى قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) معناه اذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أوالآخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لاتبطل بالقيام وعند الشافعى رحمه الله خيار القبول لايمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور ولنا أنه يحتاج الى التروى والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذهو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعى رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال (ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) لان

(قوله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق الخ) قال فى الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضى قال الاتقانى ثم اعلم أن اشتراط الايجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضى اذا لم توجد نية الحال من لفظ المستقبل فاذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضا ألاترى الى ما قال فى شرح الطحاوى ثم عقد البيع تارة ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ فأما الذى ينعقد بلفظين نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضى أوعلى الايجاب فى الحال أما الماضى فنحو أن يقول البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر أخذت أوقبلت تم البيع ولو بدأ المشترى فقال اشتريت منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعت أوقال هولك تم البيع بينهما بلفظين وأما الايجاب فنحو أن يقول البائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم وأراد به ايجاب البيع فى الحال وقال المشترى قبلت أواشتريت أو يقول المشترى أشترى منك هذه الجارية بألف درهم وأراد به الايجاب فقال البائع بعت تم البيع بينهما وأما الذى ينعقد بثلاثة ألفاظ نحو أن يكون لفظ أحدهما بلفظ الامر نحو أن يقول البائع للمشترى اشترمنى هذا العبد بألف درهم فقال المشترى اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعت أويقول المشترى البائع بع منى هذا العبد بألف درهم فقال بعت فلا يتم البيع بينهما مالم يقل المشترى اشتريت أويقول البائع للمشترى اشتريت منى هذا العبد بألف درهم على سبيل السؤال فقال المشترى اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعت أويقول المشترى للبائع أتبيع منى هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعت فلا يتم البيع مالم يقل المشترى ثانيا اشتريت الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوى (قوله أوخذه بكذا) قال الكمال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدى هذا بألف فقال فهو حرعتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف مالوقال هو حر بلا فاء لايعتق اه كمال (قوله حتى يعتبر مجلس أدائهما) أى ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أولم يعلم بخلاف مااذا عزل الوكيل بغير علمه فانه لاينعزل اه غاية (قوله يلزم بالتعاطى) أى وهو الاخذ والاعطاء اه (قوله ولافرق بين أن يكون المبيع خسيسا أونفيسا) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه اه فتح (قوله وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شئ خسيس) قال الكمال وأراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى اه فتح (قوله لان القيام دليل الاعراض) قال الكمال الا أن للمجلس أثرا فى جمع المتفرقات وبالقيام لايبقى المجلس اه وكتب على قوله لان القيام دليل الاعراض مانصه قال الكمال رحمه الله وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه بما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لوقام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لايصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيخان حيث قال فان قام أحدهما بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض وقال شيخ الاسلام فى شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح واليه أشير فى جمع التفاريق اه

جهالتهما

جهالتهما تفضى الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضى اليه يكون مفسدا قال (لامشار) أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف فى المشار اليه من الثمن أوالمبيع لان الاشارة أبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لاتفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا وبخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا أن يكون معروف القدر عند أبى حنيفة على ما يجيء بيانه فى موضعه قال (وصح بثمن حال وبأجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى وأحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودى الى أجل ورهنه درعه ولابد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضى الى المنازعة قال (ومطلقه على النقد الغالب) أى مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بأن قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به فى بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لاسيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال (وان اختلفت النقود فسد ان لم يبين) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء وفى المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتفسد الى أن ترفع بالبيان فان كانت فى الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت فى المالية سواء جاز البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت فى الرواج سواء كالاحادى والثنائى والثلاثى جاز لان مالية كل واحد سواء غير أن الاول كل واحد منه درهم والثانى كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملى والعادلى والظاهرى والمنصورى والناصرى اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فأعطى من أيها شاء جاز لانه لامنازعة فيها ولا اختلاف فى المالية قال (ويباع الطعام كيلا وجزافا) لانه بكل واحد منهما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف فلما بينا فى المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه فى المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو مادون نصف الصاع قال (وباناء أوحجر بعينه لايعرف قدره) لان هذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة وهى المانعة لامجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شئ لايعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب فى المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لاينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبى يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لايعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضى المشترى به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح فى صاع) وهذا عند أبى حنيفة وقالا جاز فى الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بأيديهما رفعهما فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء بخلاف ما اذا آجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا فى شهر واحد لان الشهور لانهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابى حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد غير أن الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفى تلك مقارن لان اختياره موجود حالة

(قوله تكون مفسدة) الذى بخط الشارح يكون مفسدا اه وكتب على قوله تكون مفسدة مانصه كما فى السلم فان معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد والحاصل أن الاعراض اذا كانت غير مشار اليها سواء كان ثمنا أومثمنا يشترط فيها معرفة المقدار فى المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه اه عينى (قوله فى المتن لامشار) بالرفع كما اقتضاه صنيع العينى فى شرحه اه وكتب على قوله لامشار مانصه لايشترط معرفة قدر ووصف مشار فحذف المضاف وأقام مشارا مقامه اه (قوله والناصرى) مات الناصرى محمد بن قلاوون سنة سبعمائة واحدى وأربعين ومات الشارح رحمه الله سنة سبعمائة وثلاثة وأربعين اه (قوله فى المتن ويباع الطعام كيلا) أى من جهة الكيل اه عينى (قوله وأما الجزاف فلما بيناه) أى من أنه بالاشارة ترتفع الجهالة اه (قوله فى المتن ومن باع صبرة) هى اسم لكوم من الحب اه عينى (قوله فى المتن كل صاع) بالنصب بدل من صبرة اه (قوله لان المبيع معلوم بالاشارة) أى الى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة اه عينى

التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كأنه ظهر له بالايجاب وكما لو اشترى ما لم يره فرآه وان افترقا قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار أربعة أيام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال رحمه الله (ولو باع ثلة) أي جماعة ومراده من الغنم (أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهالة بأيديهما لما أن لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا أن الواحد متيقن به فينصرف اليه غير أن أفراد الشاة متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت قال (ولو سمى الكل صح في الكل) يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشاة ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بأن قال بعتكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته الى آخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء أخذها بحصتها وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع) معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا أخذه بكل الثمن وان شاء ترك الى آخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير أنه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون قال (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه اذا قال بعتكه على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء أخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زائدا أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح أن يكون أصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل أصلا والا فهو وصف فاذا صار أصلا فان وجده ناقصا أخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار أيضا ان شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضر البائع بخلاف الصبرة ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز لان ذلك

(قوله وله الخيار فيهما) اما قبل التسمية والكيل ففي صاع وأما بعدهما ففي الكل اه عيني (قوله في المتن ولو باع ثلة) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اه عيني (قوله في المتن ولو سمى الكل صح) أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة اه عيني (قوله أخذ الموجود بحصته) أي لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا اه كمال

(قوله وان لم يسم الخ) قال الاتقاني واعلم أن المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمى من الكيل مثل أن قال بعت هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمي لكل قفيز ثمنا بأن قال كل قفيز بكذا أو لم يسم فاوجد المسمى كما قدر فهو للمشتري بلا خيار اه (قوله فان وجدها ناقصة) أي عن المائة انتهى (قوله ان شاء أخذها بحصتها) أي من الثمن وطرح حصة النقصان لان القفزان لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيضها مضرة انتهى اتقاني (قوله لتفرق الصفقة عليه) أي لان العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة اه (قوله الا القدر المسمى) أي وهو مائة قفيز انتهى (قوله فيبقى على ملكه) أي الزائد على المائة انتهى (قوله اذ القدر ليس بوصف) أي القدر الزائد ليس وصفا بل هو الاصل انتهى (قوله ولا خيار للبائع) اعلم أن الذرعيات يختلف الجواب فيها بين أن يسمي لكل ذراع ثمنا بأن قال كل ذراع بكذا أو بين أن لا يسمي لم يكتب المحشي (قوله معناه اذا باع) أي ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية (قوله كما اذا شرط معيبا فوجده سليما) أي كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار اه اتقاني (قوله أخذ بحصته أو ترك) أي لفوات الوصف المرغوب فيه اه عيني (قوله وان وجده زائدا أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ)

معلوم

معلوم ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلا اعتبر أصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في المبيع وان سمى لكل ذراع ثمنا قال (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أي لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر أو ثلث ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار أدى ما أدى اليه وقوله وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهما ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف فلا تفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها أو عشرة أسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو اعورت عند المشتري جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزيادة في صورة الزيادة كما اذا باعه على أنه معيب فوجده سليما هذا ان لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو اذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زاد فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه يضرر بلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت قفيزين في الغلاء لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثمن اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اه فتح (قوله ومنهم من قال يجوز) أي عندهما وهو الاصح انتهى ابن فرشتا (قوله لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع) أي بان يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرها أو خمسها انتهى (قوله بخلاف ما لو اشترى سهما منها أو عشرة) أي ولم يقل من كذا سهما انتهى اتقاني (قوله اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه) أي فكانت مفسدة للعقد اه اتقاني (قوله ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع) قال الكمال رحمه الله قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز وبه قال الشافعي وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الحدود فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبنى انتهى (قوله اذا كانت الدار الخ) قال الاتقاني معنى قوله وقالا هو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العتابي في شرحيهما ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضا لان العشر انما تكون عشر الدار اذا كان كلها مائة أما اذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهما أن بيع عشر الدار جائز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة عشر جاز ولهذا يجوز بيع عشرة أسهم من مائة سهم منها اجماعا ووجه قول أبي حنيفة أن البيع وقع على قدر من الدار معين لا عن شائع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم أمن جانب شرقي هو أو من جانب غربي أو من غيرهما فيصير هو بائعا في الحقيقة عشرة أذرع عينا من الدار وتلك الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كأنه

باع بيتا من بيوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسما من الاقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا لان القسم ليس باسم الشائع بل هو اسم
لجزء مقدر معين لكنه لما كان مجهولا فى نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لان
العشر اسم آخر لشائع معلوم فى نفسه وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فانها عشر أيضا والسهم لا يشبه الذراع ألا ترى أن ذراعا من مائة
ذراع مثل ذراع من عشرة فظهر الفرق وبيان ما قلنا أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع اذ الذراع فى الاصل اسم لخشبة
يذرع بها الممسوح وليست هى مرادة من البيع بل المراد ما يحله الذراع ويجاوره مجازا باطلاق اسم الحال على المحل

لانه عشرها فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو
معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من أى الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع أحد العبدين بخلاف
ما اذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لانه شائع فلا يفضى الى المنازعة وذكر الخصاف أن الفساد عنده اذا لم
يعلم جملة الذرعان وأما اذا علم جملتها فيجوز عنده لجعلها نظير بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم
عددها جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال (وان اشترى عدلا على
انه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد) يعنى اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا وجده
ناقصا أو زائدا فسد البيع لجهالة المبيع فى الزيادة لانه يحتاج الى أن يرد الثوب الزائد فيتنازعان فى
المردود ولجهالة الثمن فى فصل النقصان لانه يحتاج الى أن يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيؤدى الى
النزاع قال (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد) لانه اذا كان زائدا تبقى الجهالة
فى المردود فيؤدى الى المنازعة وفى فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه
البيع ويبطل فى المعدوم وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يفسد فى فصل النقصان أيضا لانه جمع بين معدوم
وموجود فى صفقة واحدة فصار قبول العقد فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود فكان فاسدا كما
لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما أو باع ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما
فاذا أحدهما مروى فان العقد عنده فاسد فى الصورتين فكذا هذا وعندهما جائز فكذا هذا بناء على أن
البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظة البيع والصحيح أنه يجوز فى فصل النقصان لانه
لم يجعل قبول العقد فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود بل قصد بيع الموجود الا أنه غلط فى العدد بخلاف
المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطا لقبوله فى الآخر وهو شرط
فاسد بحققه أن الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا فى عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة
العقد فى الآخر بذلك الوصف اذ ليس للمشترى أن يقبل العقد فى أحدهما دون الآخر فاذا انعدم ذلك
الوصف فى أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا فى الآخر فبالنظر الى وجود ذلك الشئ كان شرطا وبالنظر الى
انعدام ذلك الوصف كان فاسدا وأما اذا كان أحدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا فى العقد حتى
يكون قبوله شرطا لصحة العقد فى الآخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال (ومن
اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة فى عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة فى تسعة
ونصف بخيار) معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو
تسعة ونصف يأخذه فى الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وهذا
عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يأخذه فى الاول باحد عشر وفى الثانى يأخذه بعشرة ويخير
فى الوجهين وقال محمد رحمه الله يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الوجه الثانى بعشرة الا نصفا ويخير
فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورته مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف

وما يحله الذراع معين
لا شائع لان الشائع لا يتصور
أن يذرع فلم يصلح أن
يستعار الذراع للشائع لان
الشائع ليس محل الذراع
فلما أريد من الذراع ما يحله
وهو معين لكنه مجهول
الوضع بطل العقد
وقولهما استحسان وقول
أبى حنيفة قياس اه (قوله
فأشبه عشرة أسهم من مائة
سهم) وبه قالت الثلاثة اه
(قوله فى المتن وان اشترى
عدلا) صورتها ان يقول
بعتك ما فى هذا العدل على
أنه عشرة أثواب بمائة درهم
مثلا ولم يفصل لكل
ثوب بمقابل قابل المجموع
بالمجموع فاذا هو تسعة
أو أحد عشر فسد البيع
اه فتح (قوله لانه جمع بين
معدوم وموجود) أى ولم
يجز فى المعدوم فتعدى
الى الموجود اه اتقانى
(قوله يأخذه فى الوجه الاول)
أى وسلم له النصف مجانا اه
(قوله وفى الوجه الثانى
يأخذه بعشرة) فابو يوسف
جعل نصف ذراع بمنزلة
ذراع كامل فلهذا يأخذه فى الاول بأحد عشر وفى الثانى بعشرة اه (قوله وقال محمد يأخذه فى الاول بعشرة ونصف الخ) بالنصف
قال الاتقانى رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف وله الخيار فى الوجهين أيضا
اعتبارا للجزء بالكل لان كل ذراع اذا قوبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلا بنصف درهم لا محالة وهذا ظاهر ثم اذا زاد الذراع الكامل
يأخذه بأحد عشر فينبغى أن يأخذه بعشرة ونصف اذا زاد نصف ذراع لكن للمشترى الخيار فى الوجهين ففى الزيادة لانه نفع يشوبه ضرر
وفى النقصان لتفرق الصفقة عليه وجه قول أبى يوسف أن كل ذراع لما أفرد بذكر بدل كان كل ذراع كثوب يبيع على أنه ذراع فاذا انتقص

الثوب من الذراع لم ينتقص شئ من الثمن وللمشترى الخيار فكذا هذا لكن الخيار فى الزيادة لانه نفع يشوبه مضرة وفى النقصان لفوات
الوصف المرغوب فيه ووجه قول أبى حنيفة أن الذراع يعتبر وصفا فى الاصل وانما أخذ حكم الاصل اذا وجد الشرط ثم الشرط وجد فى
الذراع لا فيما دونها فكان الحكم فيما دون الذراع باقيا على الاصل فكان وصفا والوصف لا يقابله شئ من الثمن لكن ليس له الخيار فى
صورة الزيادة لان العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة فاذا اشترى شيأ على أنه معيب فوجده سليما يأخذه بلا خيار فكذا هنا وفى صورة
النقصان يأخذه بتسعة ان شاء لان النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابله شئ من الثمن لكن له الخيار لفوات الوصف المرغوب
فيه وهو النصف الناقص عن العشرة وبقول محمد نأخذ اه قال الكمال رحمه الله ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفى الذخيرة قول
أبى حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفى قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء
الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان البعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به اه
(قوله قيل هذا الاختلاف الخ) قال الاتقانى قال الزاهد العتابى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا فى الثوب الذى يتعيب
بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فأما اذا كان كرباسا لا يضره القطع فاشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده احدى
عشرة لا تسلم له الزيادة بل ترد على البائع كما فى المكيلات والموزونات وعلى هذا قالوا لو باع ذراعا من هذا الكرباس يجوز كما لو باع قفيزا من
صبرة يجوز لان القطع والتمييز لا يضر بالباقى ولو باع ذراعا من هذا القميص أو من

هذه العمامة لا يجوز لان القطع
يضره فصار كما لو باع جذعا
فى السقف أو حلية فى
السيف لا يجوز لما قلنا
كذا هنا الا اذا قطعه وسلمه
وقبل المشترى فحينئذ
يجوز بطريق الابتداء الى
هنا لفظ كتاب العتابى اه
(قوله فلا يسلم له الزيادة)
أى لا يطيب للمشترى ما زاد
على المشروط اه هداية
﴿فصل﴾ لما ذكر قبل
هذا ما ينعقد به البيع
وما لا ينعقد مع لواحقهما
شرع يبين فى هذا الفصل

بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه فى الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفى الوجه الثانى
انتقص الثوب عما اشترط فيخير كيلا يتضرر ولابى يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب
على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شئ لما ذكرنا أنه وصف وتغير الاوصاف
لا يوجب سقوط شئ من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زائدا وانتقص المبيع فى
الآخر فلم يتم رضاه به ولابى حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط
وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدراهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير فى فصل الزيادة
لانه مخالفة الى خير وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف فى ثياب يضرها
القطع أو تتفاوت جوانبها كالعمائم والقمصان والاقبية وأما الثياب التى لا تتفاوت جوانبها كالبطائن
ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانها اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع
منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض
﴿فصل﴾ قال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار والشجر فى بيع الارض بلا ذكر) لان اسم الدار
للعرصة فى الاصل وفى العرف يتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض
للقرار فيدخل فى بيعها تبعا لها واختلفوا فى شجر غير مثمر وفى شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع
للحطب والخشب ليبقى عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نهايتهما اليس

ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اه ملخصا
من الاتقانى والكمال (قوله وفى العرف يتناول البناء) قال الاتقانى وذلك لان اسم الدار فى العرف يتناول البناء والعرصة جميعا فيدخل
البناء كالعرصة والمطلق من الالفاظ ينصرف الى المتفاهم فى العرف ولا يفهم فى العرف من بيع الدار بيع عرصتها الا بنائها بل بيعهما جميعا
قال الكمال واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء بأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة
ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت يحنث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو أبطل التعليل الاول
لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو فى المعينة فكأنه حلف على نفى الدخول فى هذا
المكان وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التى تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر
الكائنة فى الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذى فى الدار
صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان أصغر من الدار
ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن اه (قوله واختلفوا فى شجر غير مثمر) قال
الكمال رحمه الله ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل ثم قال نعم الشجرة اليابسة
لا تدخل لانها على شرف القطع فهى كحطب موضوع فيها اه

(قوله فيدخل المفاتيح تبعا للاغلاق) والاغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اه اتقانى (قوله كالمفتاح والسلم المتصل) قال الكمال فى المحيط الاصل أن كل ما كان فى الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل فى بيعها كالسلم المتصل والسرر والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحى المبنية فى الدار وهذا متعارف أماقى ديار مصر فلا تدخل رحى اليد لانها بحجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع والباب الموضوع لايدخل فى بيع الدار بالاتفاق ثم لو ادعاه أحدهما لنفسه بان قال هذا ملكى وضعته فان كانت الدار فى يد البائع وادعاها المشترى لنفسه فالقول قول البائع وان كانت فى يد المشترى فالقول قول المشترى وفى المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر فى التصفة من غير ذكر خلاف وفى المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبى يوسف لايدخل وأما أساسه فقيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل فى بيع الحمام القدور دون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها فان قيل ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتى فى باب الحقوق اه (قوله وان شاء أعطى غيره) أى من ثياب مثلها اه (قوله حتى لو استحق ثوب منها الا يرجع على البائع بشئ) هذا اذا استحقت قبل القبض أما اذا استحقت بعد القبض فانه يرجع

لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل فى البيع حينئذ تبعا لها فيدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لايدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه فى القياس لايدخل أصلا الا أنا استحسناه فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقى على أصل القياس ثم الاصل فى جنس هذه المسائل أن الشئ اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل فى المبيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لايدخل والسرير كالسلم هكذا ذكر فى الكافى وهذا فى عرفهم وفى عرف أهل مصر ينبغى أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل فى بيع الدار عند أبى حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع من غير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مرتفعة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف فى ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء أعطى الذى عليه وان شاء أعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها دون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجمل حيث لايدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب بمع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال

بحصتها من الثمن اه عمادية فى خمسة وعشرين (قوله وكذا اذا وجد بها عيبا) أى بالثياب اه (قوله ليس له أن يردها) أى ولا يرجع على البائع بشئ اه فتح (قوله له أن يردها دون تلك الثياب) قال الكمال ولو هلكت الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستواء ثم مافيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الارض لا تنقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى فهو له فيرد عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه اه (قوله والاكاف يدخل للعرف) قال الكمال ولم يذكر فى شئ من الكتب اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لايدخل الا بالتنصيص ويحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لايدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج فى الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية اه (قوله وفلو) الفلو المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء اه مغرب

(ولا

(قوله فى المتن ولا يدخل الزرع) قال فى كتاب الهبة من القنية الزرع يدخل فى الرهن والاقرار والتى متغير ذكر ولا يدخل فى البيع والقسمة والوصية والاجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفى القضاء بالملك المطلق اه نقلا عن ركن الدين الصباغى وكتب على قوله ولا يدخل الزرع ما نصه قال الاتقانى قال فى خلاصة الفتاوى والقطن كالزرع لايدخل وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لايدخل أما الكراث اذا كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل اه (قوله ولا الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) قال الكمال رحمه الله ولو كان على الشجر ثمار فشرطها المشترى له فأكلها البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة رحمه الله بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه الله تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اه (قوله لانهما متصلان بهما للفصل) أى لفصل الآدمى اياه لا نتفاعه به فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقر الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما فى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل اه فتح (قوله لانه جزء الجارية) أى حكما وحقيقة أما حكما فانه يعتق بعتق الام وأما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الام وينتقل بانتقالها اه اتقانى (قوله ولا فرق بين ما اذا كان الثمر الخ) يتصل بقوله ولا يدخل الزرع فى بيع الارض ولا تسمية ولا الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط اه انظر الى الحاشية التى عند قوله وعكس الثمار فى الحكم اه وكتب على قوله ولا فرق بين ما الخ ما نصه وقال فى شرح الطحاوى قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه واذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا أن هذا غير سديد لان محمدا ذكر فى كتاب الزكاة فى باب العشر لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن الشراء جائزا حين طلع لما وجب عشره على المشترى الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله فلا يدخل) أى انما لايدخل قبل النبات وبعد التقوم أما اذا نبت ولم يصر متقوما يدخل قيل وكذا البذر العفن اه مجتبى (قوله لانه مودع فيها) أى وهذا باتفاق المشايخ اه اتقانى (قوله المجذوذ) تجوز روايته بدالين مهملتين أو معجمتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاولى من حيث اللفظ لتناسب بينه وبين المحصود اه اتقانى (قوله وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق) قال الولوالجى فى فتاواه رجل اشترى أرضا أو دارا لايدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان فى الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة وقال فى خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل فى البيع قال فى المنتقى للمشترى أن يرده يقول ظننت أن لى مفتحا الى الطريق الاعظم وفيها رجل باع دارا وكان لها طريق فسده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقوقها الا يكون له الطريق الاول وله الطريق الثانى اه اتقانى رحمه الله

(ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع رواه أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل فى البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا فى تأول الحال مع وجود الجزئية فى الحال قال (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفى العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفى الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقلع منها الآن الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع ألا يرى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفى الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة فى الصحيح وتكون فى الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز فى الحالين فى الاصح فكذا لايدخلان فى بيع الارض والشجر تبعا وأما اذا بذر فى الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو لها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقها لا يدخلان لما ذكرنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذى له فيها أو منها للاتصال فى الحال بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لايدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال فى الحال وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار فى كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لايدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لايدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب

(قوله فى المتن ومن باع ثمرة بدا صلاحها) أى و بدوّ صلاحها عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج و بدوّ الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع اه فتح (قوله فى المتن فى الحال) لفظة فى الحال ليست فى خط الشارح (قوله ولو اشتراها مطلقا) هذا اذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعدما تناهى عظمها اه اتقانى (قوله لحصوله بجهة محظورة) أى من أصل مملوك لغيره اه (قوله وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ) أى سواء كان الترك

والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتبعا كما قال (ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا صح) لانه مال متقوّم منتفع به فى الحال أو فى المآل لو قيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والاول أصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل أن تتناوله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل فصار كالاطفال والجحش قال (ويقطعها المشترى) تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع قال (وان شرط تركها على النخل فسد) أى البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو نقول انه صفقة فى صفقة لانها اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن أو اعارة فى بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة فى صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيها الجزء المعدوم وهو ما يزاد لمعنى فى الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير أحوال فان الشمس تنضجه وتأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من أجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشترى الاصول لتحصل الزيادة فى ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشترى الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر فحاصله أن لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى ثانيها أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر و يجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وأبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح أنه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما بينا أو يشترى الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى الى وقت وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد فى المعدوم مصادما للنص وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم قال (ولو استثنى منها أرطالا معلومة صح كبيع بر فى سنبله وباقلى فى قشره) أى لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة أو غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر فى سنبله والباقلى فى قشره أما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة

باذن البائع أو بغير اذن البائع لانه لم يحصل الازدياد فى عين المبيع لا كيلا ولا وزنا وانما تغير حال المبيع من حيث النضج اه اتقانى (قوله فان الشمس) الذى بخط الشارح بان الشمس اه (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة الخ) والفرق بين الاذن الثابت فى ضمن الاجارة الباطلة وبينه فى ضمن الاجارة الفاسدة أن الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا مقصودا بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد فائت الوصف دون الاصل فلم يكن معدوما بأصله فصلح أن يكون متضمنا فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن اه اتقانى (قوله وكذا فى الباذنجان والبطيخ) قال الاتقانى رحمه الله وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها قال أصحابنا يجوز بيع مالم يظهر اه (قوله والمخلص) أى من فساد البيع اه اتقانى (قوله أن يشترى الاصول) أى و يستأجر الارض و يقدم الشراء على الاجارة فان قدم الاجارة لا يجوز لان الارض تكون مشغولة بملك الآجر اه فصول (قوله جاز البيع) قال الكمال رحمه الله الا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض اليها يصح معها بل لابد مع عدم المفضية الى المنازعة فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط

والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يجوز لان الباقى بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شئ فيخلو عن الفائدة أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع فى المشار اليه على ما بينا من قبل ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما بقى بعد الثنيا ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا و بيع أرطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها ولو كانت مجهولة بأن باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله وربما لا يبقى بعده شئ الى آخره قلنا الاستثناء تصرف لفظى فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائى طوالق الا فلانة وفلانة أو قال عبيدى أحرار الا فلانا وفلانا وفلانا حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بأن قال عبيدى أحرار الا عبيدى أو نسائى طوالق الا نسائى حيث لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار وأما الثانى وهو ما اذا باع برا فى سنبله الخ فلانه مال متقوّم منتفع به فيجوز بيعه فى قشره كالشعير وقال الشافعى لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن فى الضرع والزيت فى الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب فى السنبلة الحنطة ألا ترى أنه يقال هذه حنطة وهى فى سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلقة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة المراد به السلم بمعنى لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس ألا ترى الى ما رواه مسلم والبخارى باسناده عن النبى عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه فيكون حجة لنا فى اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا فى هذا الموضع لانه يقتضى جواز بيعه بعدما ابيض مطلقا من غير قيد بالترك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال (وأجرة الكيل على البائع) معناه فيما اذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة أو موازنة ومذارعة أو معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه قال (وأجرة

لا يقتضيه العقد على البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا وأما ما قيل فى توجيه المنع بعد المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الكل أو لا فلا يرضى المشترى حينئذ بذلك الاستثناء اه كلام الكمال رحمه الله (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يجوز) أى وهو قول الطحاوى اه هداية قوله وهو قول الطحاوى أى وكذا الشافعى وأحمد اه فتح وكتب أيضا على قوله وروى الحسن الخ ما نصه ومشى عليه صاحب المجمع والنقاية أيضا اه (قوله فكذا استثناؤها) أى بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه اه اتقانى قوله وأطراف الحيوان أى كما اذا باع هذه الشاة الا أليتها أو هذا العبد الا يده اه فتح (قوله وفلانة) لفظ فلانة ليس فى خط الشارح اه (قوله بلفظه) كذا بخط الشارح (قوله فيجوز بيعه فى قشره كالشعير) أى وأجرة الدوس والتذرية على البائع هو المختار اه خلاصة (قوله وقال الشافعى لا يجوز) قال الاتقانى وقال الشافعى لا يجوز بيع الباقلى فى القشر الاول وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز واللوز والفستق فى القشر الاعلى وقال فى أحد قوليه و بيع الحنطة فى سنبلها لا يجوز وكذلك الارز والسمسم فى كمه و يجوز بيع الشعير والذرة فى سنبله بالاتفاق اه (قوله ولا زيت ولا قطن) قال الكمال رحمه الله وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب أو ما فى هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع أنه أيضا فى غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هنالك معتبر عدما هالكا فى العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمر ولا حب فى قطنه و يقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم اه (قوله وسائر الحبوب المغلقة) واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج فى ذلك كله لانه لم يره اه كمال (قوله فى المتن وأجرة الكيل على البائع) قال الاتقانى وقال فى الخلاصة أيضا وفى باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار ثم قال فيها وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى ثم قال فى الخلاصة أيضا ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفى باب السين رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على المشترى وكذا كل شئ باعه كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشترى اه

(قوله فى المتن ومن باع سلعة بثمن الخ) قال الاتقانى رحمه الله بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا اذ ليس للبائع حق حبس المبيع لانه بالتأجيل أسقط حقه فى الحبس وكذا اذا كان بعض الثمن حالا و بعضه مؤجلا فله حق حبس المبيع الى استيفاء الحال ولو سلم المشترى جميع الثمن الا درهما فله حق حبس جميع المبيع لان حق الحبس لا يتجزأ قال فى التحفة ولو دفع المشترى الى البائع بالثمن رهنا أو تكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لان هذا وثيقة بالثمن فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو أحال البائع رجلا على المشترى بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشترى البائع على رجل وهذا عند أبى يوسف وقال فى رواية اذا أحال رجلا على المشترى سقط حق الحبس واذا أحال المشترى البائع على رجل لم يسقط حق الحبس اه وكتب ما نصه واعلم ان للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن لان قضية العقد المساواة بين العاقدين اه وكتب أيضا ما نصه فان جاء المشترى ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر قد ذكر الحكم فيه فى حاشية كتبتها من الاتقانى نقلا عن الزيادات عند قول المصنف فى باب العتق على جعل وعتق بالقطلية فراجعها اه

﴿باب خيار الشرط﴾

(قوله فى المتن صح للمتبايعين) أى وعلى قول سفيان وابن شبرمة ان كان الخيار للمشترى جاز والا فلا كذا فى التحفة اه اتقانى (قوله فى المتن أيضا ثلاثة أيام) بالنصب على أنه ظرف أى فى ثلاثة أيام ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدا محذوف أى هو ثلاثة أيام اه والصواب أن يقدر مدته ثلاثة أيام اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان) وحبان هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحدا اه اتقانى (قوله وكان يغبن) أى يخدع يقال غبنه فى البيع غبنا وهو من باب ضرب وغبن رأيه غبنا ضعف وهو من باب علم و يقال انه مغبون فى البيع أو وغبين فى العقل والدين اه غاية (قوله لا خلابة) الخلابة الخديعة كذا فى الجمهرة اه غاية (قوله ولى الخيار ثلاثة أيام) ثم اعلم أن شرط الخيار الى ثلاثة أيام جائز استحسانا بالاجماع بهذا الحديث اه غاية (قوله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة) أى ولو شرط الخيار أبدا لا يجوز بالاجماع اه غاية وكتب ما نصه وفى شرح المجمع والاصح أنه أى أبا يوسف يوافق الامام اه كى (قوله ولان الخيار شرع للتروى) يعنى الى النظر والتفكر اه غاية (قوله فشابه التأجيل فى الثمن) والجامع أنها مدة ملحقة بالعقد لمساس الحاجة اليها اه غاية (قوله لانه للقدرة على التحصيل) أى بالكسب أو تدخل غلاته وهى لا تتحقق غالبا وظاهرا فى أدنى مدة ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فانه لابلاء العذر والتطرق فى أن البيع رابح أو خاسر ومدة الثلاث تامة فى هذا المعنى فلا حاجة الى الزيادة اه غاية

نقد الثمن ووزنه على المشترى) لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشترى فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون أجرة من عيز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفى رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فتكون أجرته عليه وبالاول كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله وروى عن محمد أن أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين لان على المدين ايفاء حقه فتكون أجرة التمييز عليه وبعد القبض دخل فى ضمان رب الدين وادعى أنه خلاف حقه فيكون تمييز حقه عليه قال (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا) أى سلم الثمن أولا لان العقد يقتضى المساواة وحق المشترى قد تعين فى المبيع فيسلم هو الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه فى المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورته هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فاذا أحضر قيل للمشترى سلم الثمن أولا لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال (والا معا) أى ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما فى التعين أو فى عدم التعين وذلك لانه اما بثمن أو سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثانى متعين

﴿باب خيار الشرط﴾

قال رحمه الله (صح للمتبايعين أو لاحدهما ثلاثة أيام أو أقل) أى جاز خيار الشرط لهما جملة أو لاحدهما ثلاثة أيام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصارى وكان يغبن فى البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام قال (ولو أكثر لا) أى لو شرطا أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبى حنيفة وبه قال زفر والشافعى وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل فى الثمن ولابى حنيفة أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفى الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز الخيار الى شهر فيحتمل أن يكون خيار الرؤية

(قوله فى المتن فاذا أجاز فى الثلاث) أى بعدما كان شرط أكثر منها اه عينى وكتب على قوله فاذا أجاز فى الثلاث ما نصه قال الاتقانى ثم من له الخيار اذا أبطل خياره فلا يخلو اما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعدها فان كان بعدها فلا ينقلب العقد جائزا خلافا لابى يوسف ومحمد فان عندهما اذا شرط الخيار مؤبدا ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جاز لان الخيار الى هذه المدة جائز عندهما ولا ينقلب جائزا عند أبى حنيفة لان الخيار الى هذه المدة لا يجوز عنده وان كان ابطال الخيار قبل الثلاثة أو سقط الخيار بموته أو بموت العبد أو أعتقه المشترى أو حدث فى المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جائزا عندنا اه غاية (قوله خلافا لزفر) أى والشافعى اه اتقانى (قوله وله أن المفسد الخ) أى لابى حنيفة اه (قوله قد زال قبل تقرره) أى لزومه وثبوته لان ثبوته بمضى ثلاثة أيام اه كى (قوله كما فى البيع بالرقم) أى فانه فاسد اه والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب من هذا وهو اعلام ثمنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهما اه غاية وكتب على قوله كما فى البيع بالرقم ما نصه وكما لو باع جذعا فى سقف ثم نزعه فسلمه اه (قوله وهذا عند مشايخ أهل العراق) قال الاتقانى وقد نص الكرخى فى مختصره أن البيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله فان أجاز من له الخيار جاز وعلى ذلك أهل العراق اه (قوله فلا ينقلب صحيحا) أى واليه ذهب شمس الائمة السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اه غاية وكتب على قوله فلا ينقلب صحيحا ما نصه و بالاسقاط ينعقد صحيحا اه كى (قوله وهذا الوجه أوجه) أى الوجه الثانى الذى ذهب اليه مشايخ خراسان وهو قوله لان المفسد الخ اه (قوله فى المتن ولو باع على انه لم ينقد الثمن الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية قول أبى يوسف مع أبى حنيفة كما ترى وكذلك ذكر الصدر الشهيد أيضا فى شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد خلاف أبى يوسف فى أصل الجامع الصغير وهذا الذى ذكره قول أبى يوسف الاول وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف أنه رجع عن هذا القول وقال يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة • واضطرب الاوسط فيه فاعقل • اه غاية (قوله وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) صرح فى المجمع بأن الاصح أن أبا يوسف مع أبى حنيفة اه (قوله وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلا) من قوله هذا الشرط أصلا الى قوله فى المتن ولو اشتريا على أنهما بالخيار مفقود من خط الشارح اه (قوله ينفسخ العقد) قال الاتقانى ثم انفساخ العقد عند عدم النقد فى الثلاثة مذكور فى شرح الطحاوى وبه صرح صاحب الايضاح أيضا واليه ذهب صاحب المختلف وقال فى الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلاثة ولم ينقد الثمن فسد البيع الا أنه لا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى بعد ذلك ان كان العبد فى يده نفذ وان كان فى يد البائع لا وقال فى شرح الطحاوى ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع كما اذا اشترى شيأ على أن البائع ان رد الثمن على المشترى الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعنى أن البيع جائز بهذا الشرط عندنا خلافا لزفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره فى الفتاوى الصغرى بقوله ان أعتق البائع صح وان أعتق المشترى لا ولو قال ان لم ينقده الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة الا أن ينقده الثمن فى ثلاثة أيام وفى قول محمد البيع جائز كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وقول أبى يوسف أولا كقول أبى حنيفة وقوله آخرا كقول محمد وقد مر ثم أبو حنيفة مر على أصله فى شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو فى معناه الا اذا انقد الثمن فى الثلاث فكان البيع جائزا لانقطاع المفسد ومحمد مر على أصله أيضا لان عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام اذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان فى معناه وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضا على قوله المرجوع اليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الاول حيث جوز الزيادة على الثلاثة فى شرط الخيار ولم يجوز هنا لانه اتبع أثر ابن عمر فى شرط الخيار انه أجاز فيه الزيادة على الثلاثة وروى عن

أو العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال (فاذا أجاز فى الثلاث صح خلافا لزفر) هو يقول ان العقد انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود وله أن المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما فى البيع بالرقم وأعلمه فى المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا و يرتفع الفساد بحذف الشرط لان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كأن الخيار لم يكن مشروطا فى اليوم الرابع وأما عند مشايخ خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه أوجه قال (ولو باع على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع صح والى أربعة لا) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا أولى وجه الاستحسان أنه فى معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير فى الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير أن ترك النقد جعل أمارة الفسخ والنقد أمارة الامضاء وهذا الشرط محتاج اليه لدفع المماطلة كما أن شرط الخيار محتاج اليه لدفع الغبن غير أنه هنا بمضى المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفى تلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم

ابن ع رفى هذه المسئلة انه أجاز ثلاثة أيام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا كان كذلك لم يتجاوز أبو يوسف حد السنة والاثر وأخذ بهما وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لان القياس أن لا يصح هذا البيع أصلا كما قال زفر لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة وهى اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فبشرط الاقالة الفاسدة أولى اه اتقانى وكتب على ينفسخ العقد ما نصه قال القاضى الامام ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهو انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد العقد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ اه خبازية

اذ فى كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا فى نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا فى نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على أصلهما فى الزيادة على الثلاثة فى الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى هذا ومع محمد فى شرط الخيار أخذ بالنص فى هذا وبالاثر فى ذلك قال (فان نقد فى الثلاث صح) يعنى فيما اذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة على وجوه اما أن لا يبينا الوقت أو بيناوقتا مجهولا بأن يقول على أنه ان لم ينقد أياما أو بيناوقتا معلوما وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو فى هذه الصور كلها فاسد الا أن ينقد فى الثلاث لما قلنا أو بيناوقتا معلوما وهو الثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز لما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضى ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشترى وان قبضه باذن البائع قال (ويقبض المشترى يهلك بالقيمة) يعنى اذا قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار فان المشترى يضمن قيمته لان المبيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ للبائع على المشترى كما فى البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع فى يد المشترى فللبائع أن يلزم البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشترى بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب فى يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخه كما فى البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن قال (وخيار المشترى لا يمنع ولا يملكه) أى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشترى لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل فى حقه دون الآخر وانما لم يملكه المشترى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى لكان زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل فى حق من له الخيار ولو دخل فى ملكه لدخل بلا عوض واجتمع فى ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به فى الشرع ولان الخيار شرع نظرا له لينظر فيه هل هو موافق أم لا فلو دخل فى ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا دخول فى ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون فى ملك أحد عند الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سائبة وهى منهى عنها لانا نقول الحال موقوف ان أجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال (ويقبضه يهلك بالثمن كتعيبه) أى بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع

المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ اه خبازية (قوله ومع محمد فى شرط الخيار أخذ بالنص) أى بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام للانصارى اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام اه اق وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اه (قوله فى المتن وخيار البائع يمنع الخ) قال فى الدراية وفى المجتبى فى المحيط يخرج الثمن عن ملك المشترى فى هذه الصورة اجماعا الا أنه لا يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة خلافا لهما اه (قوله اذا قبضه المشترى) أى وكان الخيار للبائع اه (قوله وفيه القيمة) أى اذا لم يكن مثليا وان كان مثليا يضمن قيمته اه كى (قوله كما فى البيع الصحيح) انما ذكر الصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح اه (قوله يخرج عن ملك الميت) فيه نظر بل هى مبقاة على ملك الميت لحاجته كذا ذكر فى غير موضع اه (قوله ولهذا كان له الزوائد) أى اذا الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد ما نصه الحاصلة فى مدة الخيار وأما الكسب فيتصدق به ينظر فى آخر غصب فتاوى الولوالجى اه (فرع) الولد والعقر والثمرة واللبن يمنع الرد بالاجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالاجماع فان أجاز البيع فالغلة والكسب للمشترى وان فسخ فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله للبائع اه عمادى (قوله فى المتن ويقبضه) أى قبض المشترى فيما اذا كان الخيار له اه

كقطع اليد فان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع فى المدة لا يلزمه والا لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشترى يمتنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان أشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال (فلو اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح) لانه لم يملكها لان خيار المشترى يمنع من دخول المبيع فى ملكه على ما بينا قال (فان وطئها له أن يردها) لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تتعيب به وليس له أن يردها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكه اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشترى على المشترى اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشئ فى تلك الحالة فى حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف فى موضعه ومنها أن الامة المشتراة لو حاضت عند المشترى بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجتزأ بلوجوده ولو رجعت الى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها فى ملك غيره عنده وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تفاسخا باقالة أو غيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفى الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر أيضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض فى يد البائع وان قبضها المشترى فولدت فى مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب فى يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند أبى حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده فهلك فى يده هلك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلك بعد ذلك فى يد البائع ان كان فى المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما فى البيع البات وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له أنهما لا يمنعان وقوع ملك المشترى فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشترى بالخيار عبدا مأذونا له فى التجارة فأبرأه البائع عن الثمن فى مدة الخيار بقى خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والمأذون له يملك الرد وان كان التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له أن يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية أو عيب فى البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه أنهما لا يمنعان الوقوع فى الملك على ما بينا وذكر فى المحيط أنه لا يملك الابراء عن الثمن الا عند أبى يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه ابراء بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالاجماع ولو ردها المشترى عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما كما

(قوله اذا كان قريبا) أى قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه اه فتح (قوله ومنها عتقه) أى عندهما خلافا لابى حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشتريته) أى حيث يعتق اتفاقا اه (قوله فيما اذا ولدت منه قبل القبض فى يد البائع) أى فعندهما تصير أم ولد له خلافا للامام اه (قوله ولو ردها المشترى عادت) لا يظهر لقوله وان ردها المشترى فائدة لان قوله بعد وان فسخ الخ يغنى عنه اه

(قوله فصار مسلطا له على الفسخ) أي والدليل على التسليط انه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اه اتقانى (قوله مثل اعتاق من له الخيار) يعني اذا صدر الاعتاق والبيع والوطء أو التقبيل بشهوة ممن له الخيار يعنى البائع فان ذلك يكون فسخا أما لو صدرت هذه المذكورات من المشترى والخيار له فانها حينئذ تكون

اجازة اه ش (قوله فصار كالوكيل بالبيع) فانه يجوز له التصرف من غير علم

في الارث ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ولو أسلم المشترى لا يبطل العقد والبائع على خياره لان العقد من جهة المشترى بات فان أجاز العقد صار له لان المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبائع وهذا كله فيما اذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لاحدهما أولهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشترى فأحرم البائع فللمشترى أن يرده ومنها ما لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال (فان أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وان فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يفسخ أيضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار أو بيعه أو وطئه أو تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الآخر لا يشترط فيها فلهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع فانه يجوز له التصرف من غير علم الموكل ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهى المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وكجنونه مطبقا ولا نسلم أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال (وتم العقد بموته وبمضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة) يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة أما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار

الموكل اه (قوله ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه) يعنى اذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشترى فتصرف المشترى في المبيع بعد مضى المدة اعتمادا على البيع السابق وعلى أن العقد تم بمضى المدة فتلزمه الغرامة قال الاتقانى واذا فسخ البائع بلا علم المشترى يتصرف المشترى في المبيع اعتمادا على البيع السابق فيغرم قيمته اذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر اه (قوله وكذا لا يطلب الخ) أي وكذا يلزم الضرر على البائع فيما اذا كان الخيار للمشترى وفسخ بلا علم البائع اه (قوله تم العقد ولزم) أي لان تمام المدة دلالة لزوم البيع اه اتقانى (قوله لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع) وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر اه ابن فرشتا (قوله أما الاول وهو موت من له الخيار) أي سواء كان بائعا أو مشتريا اه (قوله وقال الشافعي يورث عنه) والمراد بنفي التوريث عندنا أن العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقانى (قوله كخيار العيب والتعيين) أي كما اذا اشترى أحد الثوبين على أن المشترى بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم ويرد الآخر اه غاية (قوله لانه ليس هو الا مشيئة وارادة) بنصبهما بدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئا الا مشيئة وارادة اه غاية وكتب على قوله وارادة ما نصه أي ارادة الفسخ

كخيار

أو الاجازة وارادته قد انقطعت بموته كسائر تصرفاته اه والحاصل أن الارث انما يكون في شيء يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله وانما قلنا ان الارث فيما يتصور انتقاله لان سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث وكذا منكوحته لا تورث اه (قوله يبطل خياره) أي خيار من له الخيار من بائع أو مشتر اه

(قوله فلا يكون دليل الاستبقاء)

كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم وأما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع وأما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيأ من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء وأما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته أن يشترى دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشترى بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الاخذ بها دليل الاستبقاء فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر أن الجواز كان سابقا ولانه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة وأما على قولهما فان المشترى بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بأخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فأخذها به لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة قال (ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أي أجاز المشترى أو من شرط له الخيار أو نقضه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة قال (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده يلغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه قال (وان كانا معا فالفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ أولى من الاجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك أولى فسخا كان أو اجازة لان الاصل أقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضا للاصل ولانه لما أقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك

وهذا انما يتأتى بالنسبة الى جانب المشترى أما في جانب البائع فلا حاجة الى الامتحان فينبغي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اه (قوله كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة) أي فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشترى هنا لم يصر أحق بالتصرف فيها اه فتح وكتب على قوله المأذون له في التجارة ما نصه أي المستغرق بالدين اه فتح (قوله وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة) أي لانه القائل بان المشترى بالخيار لا يدخل في ملك المشترى فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اه فتح (قوله وأما على قولهما) قال الكمال وأما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشترى بالخيار ملكها فتحصل له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اه كمال (قوله حيث لا يسقط بأخذ الشفعة) أي حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة اه كمال

ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها الطلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لان الوكيل فى باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث فى يمينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل فى البيع على ما عرف فى موضعه وجه الاول وهو الاصح أن المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ أقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان أولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه أقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ ألا ترى أنه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع فى يد المشترى قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشترى والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك فى يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا فى اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ماذكر فى المأذون قول أبى يوسف لانه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره فى البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد علكه المشترى من المالك تقديما لتصرف المالك وعند أبى يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف فى عدم تقديم المتصرف بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال (ولو باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما ان فصل وعين صح والالا) أى صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذى فيه الخيار لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فكان الداخل فى العقد غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسألة على أربعة أوجه أحدها ان يفصل الثمن ويبين الذى فيه الخيار والثانى أن لا يبين واحدا منهما والثالث أن يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس والعقد فاسد فى الكل اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع أو لجهالتهما الا فى الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما أن يجعل المستثنى داخلا فى العقد أولا فان جعلته داخلا فيه وجب أن يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت قبول العقد فى غير المبيع شرطا لصحة العقد فى المبيع وهو فاسد كالو جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بينهما قلنا

(قوله بخلاف ما اذا وكله) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اه (قوله ولا يقال المفسوخ) الذى فى النسخ ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ فليتأمل اه (قوله ويثبت لكل واحد منهما الخيار) أى ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء ترك ونقض البيع اه (قوله فى المتن وعين صح الخ) بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا لانتفاء المفسد لجهالة أحد الامرين اه فتح (قوله كالخارج عن العقد) أى الى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ اه (قوله اذ العقد مع الخيار لا ينعقد) الخ قال الاتقانى رحمه الله أما الوجه الاول فانما فسد لجهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لان البيع بشرط الخيار لا ينعقد فى حق الحكم بل هو موقوف فى حق الحكم الى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما أن الخيار داخل فى الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اه وقال الكمال رحمه الله لان الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالاجزاء اه (قوله والثالث أن يبين الثمن دون الآخر) أى كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما اه وكتب على قوله دون الآخر ما نصه أى لم يبين الذى فيه الخيار اه (قوله والرابع بالعكس) أى وهو أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن اه (قوله اما لجهالة الثمن) أى لما أن من فيه الخيار ليس بداخل فى الحكم فيبقى الآخر مفردا وثمنه مجهول اه اتقانى وقال الكمال لان المبيع وان كان معلوما يتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية اه (قوله أو لجهالة المبيع) وهذا لما قلنا ان الذى هو فيه الخيار ليس بداخل فى حكم العقد فيبقى الآخر مفردا وهو مجهول اه اتقانى وكتب على قوله أو لجهالة المبيع ما نصه بسبب جهالة من فيه الخيار اه فتح (قوله لانتفاء الجهالة عنهما) أى بان يقول بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا اه (قوله لانك جعلت قبول العقد فى غير المبيع) أى وغير المبيع هو الذى فيه الخيار اه (قوله قلنا الخ) قد أجاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن أشار الى السؤال بقوله وقبول العقد فى الذى فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أى من فيه الخيار محلا للبيع فهو كالو جمع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينفذ البيع فى القن بحصته وان كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لمحليته له فى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز وكان القبول شرطا صحيحا فكذا فيما نحن فيه بخلاف ما شبه

هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه يتطرق فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد فى حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده فى حق الحكم أصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على أنه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أو لم يفصل لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى قال (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء ولا يجوز ذلك فى الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق برأيه أو اختيار من يشترى به لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء كيلا يبقى أمانة فى يده فكان فى معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والردىء والوسط فيها فلا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى أحدهما حتى لا يرد الا أحدهما وعلى قول الكرخى له أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضيخان وضع محمد رحمه الله هذه المسألة ههنا يعنى فى الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه كذا فى المأذون ووضعها فى الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أيهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فما دونها عند أبى حنيفة وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما على قول أكثر المشايخ لان القياس يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فاذا ردهما بخيار الشرط فى المدة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشترى فى مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد أحدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى الوقت وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذى

به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد اه (قوله هو داخل) أى الذى فيه الخيار اه (قوله صيغة) أى فى العقد اه (قوله فى المتن وصح خيار التعيين الخ) وخيار العيب والتعيين يورث بالاتفاق اه اتقانى فى خيار الرؤية قوله يورث ينظر كلام الشارح الزيلعى رحمه الله فى خيار الشرط عند قوله وتم العقد بموته فان فيه ما يخالف قوله يورث فتنبه والله الموفق (قوله وهو أن يبيع) نسخة وهو أن يشترى اه (قوله أو يبيع أحد الثلاثة) نسخة أو يشترى (قوله على أن يأخذ أيها شاء) أى ويبين ثمن كل واحد منها على حدة وثمن الكل متفق أو مختلف اه كى (قوله والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة) أى لان الانسان قد يحتاج الى شراء الجزء حزخف ونحو ذلك ولا يتيسر له أن يخرج الى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من الدهاقين أو من النساء فى البيوت فيحمل اليه من يقوم مقامه فى الشراء من الانواع الثلاثة الجيد والوسط والردىء حتى يختار ما يوافقه اه (قوله وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة) أى لان من له الخيار وهو المشترى فوض اليه الامر بأخذ أى ذلك شاء اه اتقانى (قوله فلا حاجة الى الاربعة) أى وان انعدمت المنازعة فيه بتعين من له الخيار فبقى على أصل القياس اه اتقانى (قوله وكون الجهالة بالجر عطفا على قوله للحاجة اه (قوله قال شمس الائمة) أى فى جامعه اه كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول الكرخى اه كى (قال (قوله قال فخر الاسلام) أى فى جامعه اه كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول محمد بن شجاع اه كى (قوله وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما) أى بعد أن كانت معلومة فان قيل ينبغى أن لا يجوز فى الزائد على الثلاث عند أبى يوسف لانه أخذ بالقياس فى خيار النقد حتى لم يجوز الزيادة على الثلاث فينبغى أن يكون كذلك ههنا قلنا قوله فى خيار النقد ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر واردا فى حقه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم يكن فيهما حرف التعليق فكان الاثر واردا فى حقهما معنى كذا قيل اه دراية

يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار في الزيادات ووجهه أنه خيار يجوز اشتراطه للمشترى فكذا له قياسا عليه وذكر في المجرد أنه لا يجوز لانه جوز للمشترى للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشترى وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذى لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده وتعين الباقى للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فهلك أحدهما حيث يتعين الباقى للعتاق والطلاق لانه حين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلا للطلاق والعتاق فلا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعين الباقى له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين أشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى أنهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعتاق كذلك لا يخرج من أن يكون محلا للايقاع قبل الموت غير أنه لا يعجز عنه فبقى مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من أن يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقى ضرورة هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل أحدهما مبيعا أو أمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقا أو مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب ثمن نصف كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع الرد بخيار الشرط قال (ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما لا يرده الآخر) يعنى لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما أن يرد نصيبه اذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى دفعه

(قوله ولو شرط خيار التعيين للبائع) أى بان قال بعتك هذين الثوبين على أنى بالخيار أعنى البيع في أحدهما لم يذكر محمد هذه المسئلة في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير اه كى (قوله لانه جوز للمشترى للحاجة) أى الى اختيار الارفق والاوفق اه (قوله ولا حاجة اليه للبائع) أى لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانبه الى ما يقتضيه القياس اه كى (قوله فهلك أحدهما أو تعيب) قال في شرح الطحاوى ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اه اتقانى (قوله وتعين الآخر للامانة) فان قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيأ ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء قلت انما كان ذلك أمانة لانه اشترى أحدهما لا غير وانما قبض الآخر ليرده على البائع اذا تعين أحدهما للتملك ولا على سوم الشراء وقد تعين أحدهما هنا فبقى الآخر أمانة لانه قبضه باذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شئ بسببه اه اتقانى وكتب على قوله وتعين الآخر للامانة مانصه حتى اذا هلك بعد هلاك الاول لا يلزمه شئ اه (قوله وان هلكا معا الخ) أى ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أثواب وقبضها المشترى والخيار له فهلكت معا يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكر له (قوله وكذا لو هلكا على التعاقب الخ) وان هلك أحدهما قبل الآخر ولكنهما اختلفا فيه فلا تظهر فائدة الخلاف اذا كان الثمن متفقا وانما تظهر اذا كان الثمن مختلفا بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمن الآخر عشرين فقال البائع هلك الذى ثمنه عشرون أولا وقال المشترى هلك الذى ثمنه عشرة أولا كان أبو يوسف يقول يتحالفان فأيهما نكل قضى عليه بما ادعاه صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كأنهما هلكا معا ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشترى مع يمينه وهو قول محمد لان الثمن صار دينا على المشترى هذا اذا لم يكن لهما بينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت فان أقاما جميعا فبينة البائع أولى لانها تثبت الفضل اه اتقانى (قوله بخلاف الهالك) أى فانه ليس بمحل لابتداء البيع فلا يكون محلا لتعينه اه (قوله وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب) أى قبل القبض وبعده يعنى اذا اشتريا شيأ ليس لاحدهما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع رجلان اشتريا شيأ على أنهما بالخيار فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما له ذلك وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر برده الى هنا لفظ الفقيه وقول الشافعى كقولهما اه اتقانى قوله وروى عن أبي حنيفة رواية اخرى قال الاتقانى ووجه الرواية الاخرى أن الذى امتنع من الرد أراد ابطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا لان المقصود الكلى من اثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان للاجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعا يؤمر صاحب الرد لئلا يلزم ابطال حق الرد اه

دفعه

دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على انفراده فلا ينفرد أحدهما بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه اضرار بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا بها اذ هى عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فكانت رعاية جانب البائع أولى ولا يقال البائع رضى بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضى بالتبعيض في ملكهما الا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه ألا ترى أن المشترى لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له أن يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشترى وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال (ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على أنها حامل أو تحلب كذا وكذا أرطالا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا صاعا أو يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول قول

(قوله في المتن أو كاتب) أى حرفته ذلك اه فتح (قوله في المتن أخذه بالثمن أو تركه) قال الشيخ أبو نصر والاصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها وتلك الصفة مما يتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا فان المشترى بالخيار مثل أن يشترى حمارا على أنه أتان فاذا هو ذكر أو شاة على أنها نعجة فاذا هى فحل ومسائل الكتاب من هذا الجنس ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التى شرطها وله في الصفة غرض فاذا فاته ثبت له الخيار كما لو وجد بالمبيع عيبا وأما اذا كانت الصفة تتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا فالعقد فاسد وذلك مثل أن يبيعه دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو باعه فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع فاسد لانه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس وأما اذا شرط صفة فوجدها زائدة فهى للمشترى مثل أن يشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعا وكذا لو اشترى جارية على أنها ثيب فاذا هى بكر فتكون الصفة الزائدة للمشترى ولا خيار كمن اشترى عبدا على أنه معيب فوجده صحيحا اه وكتب مانصه قال الكمال وان لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب ورجع المشترى على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت اه وكتب أيضا مانصه وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط لانه من مقتضيات العقد ألا ترى أن الوصف الذى شرطه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما اذا اشترى على أن يملك المبيع أو على أن يسلمه البائع الى المشترى اه اتقانى (قوله بخلاف ما لو باع شاة) قال الاتقانى رحمه الله تعالى بخلاف ما لو اشترى ناقة على أنها حامل حيث يكون البيع فاسدا على رواية كتاب البيوع لان الحمل لا يعرف حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان غررا فأوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه للحال فلم يكن غررا ولان ما نحن فيه صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا وهنا لان المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشتراط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك البيع أيضا جائز فلا حاجة الى الفرق لاستوائهما في الجواب كذا قال الشيخ أبو المعين النسفى في شرح الجامع الكبير ثم قال ولا رواية عن أصحابنا ان اشتراط الحبل في الجوارى هل يوجب فساد العقد أم لا اختلف مشايخنا فيه منهم من قال يوجب قياسا على الناقة للمعنى المذكور بينة ومنهم من قال لا يوجب لان الحبل في الجوارى عيب فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحبل في البهائم فانه زيادة وهى مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز ومنهم من فصل وقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط أنها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وهى مجهولة وفي وجودها خطر فصارت كالناقة وان كان لا يريد اتخاذها ظئرا كان جائزا لما مر أنه اشترط البراءة عن هذا العيب اه (قوله حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد) أى كما اذا شرط في الفرس أنها هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به اه فتح (قوله فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده) أى ولو مات هذا المشترى انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن تملك العين اه فتح (قوله لكنه نسى عندك) أى والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها اه فتح

(قوله فكان الظاهر شاهداله) والاصل فى هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم فى الصفات العارضة أصل والوجود فى الصفات الاصلية أصل اه فتح (قوله لكنها تابعة) أى تدخل فى العقد من غير ذكر وفى جعل الوصف مقابلا بشئ من الثمن يلزم جعله أصلا فلا يجوز اه

﴿باب خيار الرؤية﴾

لما شرع بذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر فى العقد على غيره على التوالى وذلك لان الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف الى حر ومانع يمنع تمام العلة كالبيع المضاف الى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد فى حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا تتم الصفقة بالقبض اه اتقانى قدم هذا الباب على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم أن خيار الرؤية يثبت فى أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون فى الديون فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع آنا من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما وكذا كل ما كان فى عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشترى بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض و بعده لكن يشترط علم البائع عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف كما هو خلافهم فى الفسخ فى خيار الشرط اه فتح (قوله فى المتن شراء ما لم يره جائز) أى وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التى وصفت له أو على خلافها مثل أن يشترى جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا فى زق أو حنطة فى غرارة من غير أن يرشيأ ومنه أن يقول بعتك درتى كى صفتها كذا أو ثوبا فى كمى صفته كذا أو هذه الجارية وهى حاضرة متنقبة وله الخيار اذا رأى شيأ من ذلك وفى المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع اه لكن اطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أولا مثل أن يقول بعت منك ما فى كمى بل عامة المشايخ أطلقوا الجواب يدل على الجواز عندهم وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعتك شيأ بعشرة اه كمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره الخ) ولا بد من كون المراد فى الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازى وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما لا يعرف الا بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية اه فتح (قوله فصار كجهالة الوصف فى المشاهد) يعنى فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك فى مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار فى المشبه به أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس فى هذا البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف اه فتح وكتب على قوله فى المشاهد ما نصه أى المشار اليه اه هداية

المشترى لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو باعه من غير أن يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التى ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على أنها طباخة أو نحوه فى جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم فى كل موضع يثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة فى العقد اذا الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف يفسد على ما يجئ بيانه فى البيع الفاسد

﴿بـــاب خيار الرؤية﴾

قال (شراء ما لم يره جائز وله أن يرده اذا رآه وان رضى قبله) وقال الشافعى لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما لم يشر اليه ولا الى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئى للمشترى ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف فى المشاهد المعاين والمراد بالنهى عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم

(قوله لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا) أى والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اه فتح (قوله فى المتن ولا خيار لمن باع ما لم يره) أى بان ورث عينا من الاعيان فى بلدة أخرى فباعها قبل أن يرها اه فتح (قوله اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب) أى فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة اه فتح قوله حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة أى كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب الا أن البيع لا ينفسخ برد الثمن لعدم الاصالة فى العقد وينفسخ برد المبيع للاصالة ولا يقال خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت البيع لانا نقول الحكم فى الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فيثبت فى الفرع مثل حكم الاصل اه غاية (قوله ولنا المرجوع اليه) أى القول الذى رجع اليه أبو حنيفة اه (قوله باع) الظاهر اشترى اه غاية (قوله وأما قبلها) الذى بخط الشارح وأما قبله اه (قوله لتعلقه بالرؤية) قال الاتقانى رحمه الله ونقل فى خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوى أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض و بعده ولا حاجة الى قضاء القاضى ولا الى رضا البائع ولكنه يشترط حضرة البائع خلافا لابى يوسف اه (قوله لا يمكن دفعه كالاعتاق) أى العبد الذى اشتراه ولم يره اه فتح (قوله أو يوجب كالبيع المطلق) أى ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى وقوله كالبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار البائع لانه به لا يخرج المبيع عن ملكه اه فتح (قوله والاجارة) أى والهبة مع التسليم اه فتح (قوله لتعذر الفسخ) أى لان هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لزم تعذر الفسخ و بطل الخيار اه وكتب ما نصه وان تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار و وجب تقدير قيد فى الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل اه كمال (قوله والمساومة) يقال سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها اه

أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأجمعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة وكان المشترى رآها قبل ذلك جاز فيبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضى قبله يتصل بما قبله أى له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار قال (ولا خيار لمن باع ما لم يره) وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الآخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب أن يثبت للآخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره أصلا قولا واحدا ولنا المرجوع اليه أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشترى فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشترى باعتبار أنه يظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولورده البائع لرده باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على أنه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار قال (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا فى ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغى أن لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه الضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ فى جميع عمره ما لم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد فى الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقا بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو فسخ فيمتد الى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التعييب أو تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم

(قوله لا يبطله قبل الرؤية) أى لان خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بان قال قبل أن يرى أبطلت خيارى فلان لا يبطل بدلالة الرضا أولى اه غاية (قوله و يبطله بعد الرؤية) أى لان الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحا كان الرضا أو دلالة اه غاية (قوله فى المتن وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق الخ) قال الكمال والاصل فى هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط فى انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجماع أن ينظر الى عورة العبد والامة التى يريد أن يشتريهما ولازم فى بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئى تبعا للمرئى فاذا سقط الخيار فى الاصل سقط فى التبع اذا عرف ان نبنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقى فلا خيار له فليس له أن يرده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما وظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء فى العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الاعضاء وفى الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اه قال الاتقانى اذا ثبت هذا نقول لا يخلو اما ان كان المعقود عليه شيأ واحدا أو أشياء فان كان شيأ واحدا فلا يخلو اما ان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فاذا رأى البعض ورضى به يكون ذلك رضا بالبعض الذى لم يره اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبرة مسقطا للخيار اذا كان الباقى مثل ذلك لان رؤية البعض تعرف حال الباقى لان الحنطة والشعير تعرف بالنموذج ولكن هذا فيما اذا كان المكيل فى وعاء واحد أما اذا كان فى وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق رؤية أحدهما

لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يفوت صريح الرضا و يبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية يبطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد بحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشترى فهو كالطلق حتى يسقطه الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى أرضا فأذن الآكر أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله قال (وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطويا وداخل الدار) لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكتفى لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل فى المبيع أشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقى الا اذا كان الباقى أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان مع الخيار لا تتم وان كان آحاده تتفاوت وهو الذى لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده لانه برؤية بعضه لا يقع العلم بالباقى للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخى لتفاوت آحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقى لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا

كرؤية الكل وقال مشايخ بلخ لا تكون رؤية أحدهما كرؤية الكل لانهما شيآن متى كانا فى وعاءين والاصح هو الاول وهو المروى عن أبى يوسف كذا فى التحفة لان تعريف الباقى فيما اذا كان الكل فى وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعاء وان كان يتفاوت آحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب فى صندوق والبطاطيخ فى شريجة ونحو الرمانات والسفرجلات فى قفة فان رؤية البعض لا تعتبر رؤية فى الباقى و يكون على خياره ما لم ير الكل لان رؤية البعض لا تعرف الباقى للتفاوت أما اذا كان المعقود عليه شيأ واحدا كالعبد والجارية فرأى الوجه دون سائر الاعضاء يسقط خياره اه (قوله وعلامته) أى علامة الشئ الذى لا تتفاوت آحاده أن يعرض على البيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيأ قليلا من المكيل أو الموزون الى المشترى حتى يراه فان أعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج بضم الهمزة معرب اه اتقانى (قوله الا اذا كان الباقى أردأ) أى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية يذكره فى الينابيع وفى الكافى اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التى رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق أنه فى بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقى يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع بعيبا ثم أراه المبيع فى الحال اه كمال رحمه الله (قوله لان مع الخيار لا تتم) أى خيار الرؤية ولهذا تمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاء اه شرح منار (قوله لكونها متقاربة) أى وبه صرح فى المحيط وفى المجرد هو الاصح اه فتح (قوله وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية) أى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره وبنقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اه فتح (قوله الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم) ثم قيل هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب وهو قول زفر اه فتح

كوضع

(قوله فلا بد من رؤيتهما) استفيد من قوله فى المتن والدابة وكفلها أى وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها اه وكتب على قوله فلا بد من رؤيتهما ما نصه فلو رأى أحد الامرين فله خيار الرؤية اه اتقانى (قوله وشرط بعضهم) قال الاقطع وقد قالوا ان قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطا فى سقوط الخيار أيضا اه (قوله لا بد من الجس) أى المس باليد اه (قوله ويعرف به كثرة اللحم وقلته) أى فان رأى ذلك من بعيد ولم يجسه فله الخيار وذلك لان السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس اه اتقانى (قوله وفى شاة القنية) أى الشاة التى تؤخذ للدر والنسل لا للتجارة اه اتقانى (قوله وجعل فى المختصر رؤية داخل الدار) نسخة خارج وهو الثابت فى خط الشارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج ما نصه هكذا هو فى كثير من نسخ هذا الشرح و يؤيده قوله فى السطر الثانى لما ذكرنا فى خارجها لكنه مخالف لما ذكره فى المتن من قوله وداخل الدار وكذا هو فى عامة نسخ المتن وكتب أيضا ما نصه قال فى التحفة قال مشايخنا تأويل ما ذكر فى كتاب القسمة أنه اذا رأى الدار من خارج يبطل خياره اذا لم يكن داخل الدار أبنية فأما اذا كان فيها أبنية لا يسقط الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود اه (قوله يسقط خياره) أى وان لم يشاهد بيوتها اه (قوله فلا بد من رؤية ذلك كله فى الاظهر) أى والاشبه كما قال الشافعى وهو المعتبر فى ديار مصر والشام والعراق اه فتح (قوله وذلك يظهر برؤية بعضها) وعبارة الشيخ أكمل الدين فى شرح الهداية وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج الدار اه (قوله ورؤية أشجار البستان يكتفى بها) قال الكمال رحمه الله وأما ما ذكر فى الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار ورؤية

كوضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفى برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشر كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قلما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمى ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالآدمى وفى شاة اللحم لا بد من الجس لانه به يظهر السمن والهزال و يعرف به كثرة اللحم وقلته وفى شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفى دفوف الغازى لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل فى المختصر رؤية خارج الدار كرؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقى وفى عامة الروايات اذا رأى صحن الدار سقط خياره لما ذكرنا فى خارجها وقال زفر لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله فى الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج أو الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره فى الكتاب مبنى على عادة أهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا فى الصغر والكبر وفى كونها جديدة أو عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فاكتفوا به لذلك وأما اليوم بخلافه فلا يكتفى به ورؤية أشجار البستان يكتفى بها لوقوع العلم بها ولو رأى دهنا فى قارورة من خارجها لا يبطل خياره

خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفى جامع قاضيخان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار اه (قوله ولو رأى دهنا فى قارورة من خارجها لا يبطل خياره) أى لان لون الدهن مما يتغير بلون القارورة اه اتقانى وكتب على قوله ولو رأى دهنا الخ ما نصه قال فى التحفة لو نظر فى المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه وانما رأى مثاله وعلى هذا قالوا من نظر فى المرآة فرأى فرج أم امرأته عن شهوة لا تثبت حرمة المصاهرة ولو نظر الى فرج امرأته المطلقة طلاقا رجعيا عن شهوة فى المرآة لا يصير مراجعا لما قلنا ثم قال فى التحفة ولو اشترى سمكا فى الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان الشئ لا يرى فى الماء كما هو بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف حال حقيقته وأما اذا كان المبيع مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر فى ظاهر الرواية قال صاحب التحفة وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا كان شيأ يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشترى باذن البائع أو قلع البائع برضا المشترى يسقط خياره فى الباقى لان رؤية البعض كرؤية الكل وان قلع المشترى بغير اذن البائع لم يكن له أن يرد سواء رضى بالمقلوع أو لم يرض اذا كان المقلوع شيأ له قيمة عند الناس لانه صار معيبا لانه كان ينمو و بالقلع لا ينمو و بحدوث العيب فى يد المشترى بغير صنعه يمنع الرد فبصنعه أولى وان كان شيأ يباع عددا كالفجل والسلق ونحوهما فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل لان هذا من العدديات المتفاوتة واذا لم يكن المقلوع شيأ له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب ثم قال فى التحفة وذكر الكرخى مطلقا من غير هذا التفصيل وقال اذا اشترى شيأ مغيبا فى الارض مثل الجزر والبصل والثوم و بصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولا يكون برؤية بعضه مبطلا خياره وان رضى بذلك البعض فخياره باق الى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد وقال فى الايضاح قال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى أخاف ان قلعته

لايصلح ولاأقدر على الرد وقال البائع أخاف ان قلعته لاترضى به قال من تطوع بالقلع جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضى لانه لايمكن الاجبار لما فيه من الاضرار اه اتقانى (قوله فى المروى عن أبى حنيفة ومحمد) أى حتى يصبه فى كفه لانه لم يرالدهن حقيقة لوجود الحائل اه فتح (قوله وعن محمد أنه يبطل) أى لان الزجاج لايحجب صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبى حنيفة اه فتح (قوله فى المتن ونظر وكيله بالقبض كنظره) أى اذا قبضه الوكيل ناظرا اليه مكشوفا اه (قوله وصار كخيار العيب والشرط) أى بأن اشترى معيبا لم يرعيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لايسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكله فى قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لايسقط خيار الشرط اه فتح (قوله بأن قبضه) أى الوكيل اه (قوله مستورا) أى ثم رآه اه فتح (قوله والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه) وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض ويبقى بعد الرؤية يمنع تمام العقد فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما اه كمال (قوله فلا يملك اسقاطه

فى المروى عن أبى حنيفة ومحمد وعن محمد أنه يبطل قال (ونظر وكيله بالقبض كنظره لانظر رسوله) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لايكون كنظره حتى لايسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك مالم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط فانه لايقدر على اسقاطهما فكذا هذا وأقرب منه أنه لايقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل فان خيار الموكل لايسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولأبى حنيفة رحمه الله أنه وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه أجنبيا بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بأن كان بعده قصدا أو قبله بالرؤية لايملكه اذلم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لايمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه لايسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيما القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لايملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لايملك القبض والتسليم اذا كان رسولا فى الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول فى التوكيل كن وكيلى فى القبض وفى الارسال كن رسولى فيه أو أمرتك بقبضه وبقوله ونظر وكيله بالقبض احترز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لايكون كنظر المرسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء قال (وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفى العقار بوصفه) أما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير وأما سقوط خياره بما ذكره فلان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا فى البصير وقوله يسقط خياره بجس المبيع الخ محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل أن يجس لايسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما رويناه ويمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح على ما بيناه واكتفى بالوصف فى العقار لانه لاسبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقوم مقام الرؤية فى حق البصير كما فى السلم حتى لايكون له خيار الرؤية فيه بعدما وصف له فكذا فى حقه

الخ) ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ما ينافى مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يأتى على القول بأن مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق فى المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اه فتح (قوله وهذا بخلاف خيار العيب لانه لايمنع) أى بخلاف خيار الرؤية فانه يمنع تمام الصفقة اه (قوله فى المتن ويسقط) كذا بخط الشارح اه (قوله فصار كالبصير) قال الاتقانى رحمه الله والحاصل أن ما يمكن جسه وذوقه وشمه يكتفى بذلك لسقوط خياره فى أشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك بمنزلة نظر البصير لان ذلك أقصى ما يستدل به على معرفة الشئ وفى رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لان التعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا فأما فيما لايمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لاغير فى أشهر الروايات وهو المروى عن أبى يوسف ومحمد اه (قوله فكذا فى حقه) أى فاذا رضى الاعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اه وعن أبى يوسف أنما اشترط مع ذلك أن يوقف فى مكان الخ فى جامع العتابى هو أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه فى ذلك المكان ليس بشرط فى صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره فى المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما فى السلم وممن أنكره الكرخى وقال

وقوفه فى ذلك الموضع وغيره سواء فى أنه لايستفيد به علما اه فتح (قوله واجراء الموسى على رأس المحرم) أى الذى لاشعر عليه اه فتح وكتب على قوله واجراء الموسى الخ ما نصه ولا يخفى ضعفه لان العجز لايتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته فى السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامى اه فتح (قوله ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف) أى كأنه كان أعمى عند العقد اه اتقانى (قوله وليس له أن يرده وحده) أى كيلا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاه ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لايحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما الا برد الباقى وهنا وفى خيار الشرط يرد الآخر اذا رد بعد القبض أجيب بأن رد أحدهما فى خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لاتتم معهما وفى الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تتم فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت فى الباقى عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقى أيضا كما فى خيار الرؤية والشرط لان الشركة فى الاعيان المجتمعة عيب والمشترى لم يرض بهذا العيب فى فصل الاستحقاق اه فتح قال الاتقانى ثم اذا أراد أن يرد ما لم يره اذا رآه ليس له أن يرده وحده بل يردهما جميعا ان شاء لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وكذلك الحكم فى خيار

وعن أبى يوسف أنما اشترط مع ذلك أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه منه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين أقيم مقام القراءة فى حق الاخرس فى الصلاة واجراء الموسى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبى حنيفة رضى الله عنه لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض مشايخ بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد قد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردهما) لان رؤية أحدهما لاتغنى عن رؤية الآخر للتفاوت فبقى خياره فيما لم يره فيجوز ردهما لما رويناه وليس له أن يرده وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره وفى منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لانمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفى الآخر احترازا عن التفريق فكان فيه عملا بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذى لم يره برده بالحديث الاول والذى يراه بالثانى لما أن الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاه ولا يكون فسخا للخلل فى الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لاتتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لاتتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لايفيد ملك التصرف وليس له أن يفرق فى القبض كما لايفرق فى القبول وبعد القبض لايمنع تمام

الشرط لايجوز له أن يفسخ البيع فى أحدهما دون الآخر وهذا لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمام الصفقة سواء كان المبيع مقبوضا أو غير مقبوض ولهذا يرد من له الخيار بلا قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فانه اذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض له أن يرد المعيب وحده لان خيار العيب لايمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام برد أحدهما فلو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض ليس له أن يرده وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها لم تتم قبل القبض والمعنى فى تفريق الصفقة لزوم الضرر على البائع لانه ربما لايمكنه ترويج أحدهما بدون الآخر بجودة أحدهما ورداءة الآخر وفى منع المشترى عن الرد أيضا ضرر الا أن قبل القبض ضرر البائع أكثر لانه يلحقه ضرر مالى وضرر المشترى ليس بمالى بل هو بطلان مجرد قوله متى ألزمناه رد كليهما وبعد القبض ضرر المشترى أكثر لانه برد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع أعلى الضررين بأدناهما ثم بعد القبض اذا وجد بأحدهما عيبا لايكون له ردهما الا برضا البائع لان سبب الرد وجد بأحدهما دون الآخر وفى المكيل والموزون من ضرب واحد اذا قبض فوجد ببعضه عيبا ليس له الا أن يأخذه جميعا أو يرده جميعا كذا ذكره محمد فى الاصل وذلك لان المالية ثابتة للمكيل والموزون باعتبار الجميع فانه لاقيمة للحبة وأمثالها فصار الكل كشئ واحد حكما فى حق الرد ولهذا جعل رؤية البعض رؤية الباقى كما فى الثوب الواحد فى مسئلة الاستحقاق قال فى الشامل فى قسم المبسوط استحق أحد المختلفين بعد القبض لاخيار له فى الآخر لان استحقاق أحدهما لايوجب نقصانا فى الآخر لاحقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان فانه لايمكن الانتفاع الا بالتهايؤ وان كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام ولو استحق بعض المكيل بعد القبض لايخير لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا فى الشامل اه (قوله والذى يراه بالثانى) أى بالحديث الثانى وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة اه

(قوله ولهذا أفاد العقد) هذا لا يصلح دليلا لانه مع خيار الرؤية يملك التصرف مع أنه لم تتم الصفقة اه (قوله كما صار انظيره فيه) أى نظيرى القبول فى الانفراد به اه من خط الشارح (قوله ان لم يتغير لا يتخير) أى لان خيار الرؤية فى شراء ما لم يره انما ثبت للجهل بصفات المعقود عليه فاذا كان المبيع على ما رآه من الصفة يتحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يبق له الخيار اه اتقانى (قوله الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل) أى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم أنها التى كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك اه كمال رحمه الله (قوله الا اذا بعدت المدة) قال الاتقانى فنقول ان كان لا يتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى كما قال شمس الائمة السرخسى وذكر فى الكافى اذا نظر الى مملوك أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشترى تغير عن حاله الذى رأيته عليه فعليه البينة وعلى البائع اليمين ولم يصدق المشترى فى قليل المدة واعتبر الشهر قليلا فى حق الحكم لانه لا يتغير فى مدة الشهر غالبا اه وكتب على قوله الا اذا بعدت المدة ما نصه بحيث يعلم أنه تغير (قوله فيكون القول له مع يمينه) أى وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذى بعتكه وقال المشترى بل هو هو فالقول للمشترى سواء كان فى بيع بات أو فى خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب فى البياعات كون المشترى يرى المبيع فدعوى البائع رؤية المشترى تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا اذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع فى الرؤية اه فتح (قوله أو وهب ردّ) أى الباقى بعد البيع والهبة اه (قوله لانهما يمنعان تمام الصفقة) أى وان كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقى يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة فى خيار القبول حيث لا يجوز له وعليه أن يقول اشتريت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق فى خيار القبول لم يجز فى خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب عقابلته عرض مالى حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما فى خيار العيب فله أن يرد ثوبا دون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهى تتم معه لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشترى أن يرد المعيب ان شاء لغرر من البائع وان شاء رضى به اه اتقانى (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقانى ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أى عاد الذى اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رد عليه بقضاء فى البيع وبقضاء أو بغير قضاء فى الهبة وكذا اذا رد عليه فى البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ ما نصه أى محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الائمة) قال الاتقانى وشمس الائمة هو أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى صاحب التصانيف الكثيرة فى الاصول والفروع توفى سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفى

الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهى ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان فى رضاهما خلل لما أفاد بحققه أن خيار العيب ثبت لفوات بعض أوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق فى الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك أحدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضى أو بالتراضى ولو كان يمنع التمام لملكه كما فى خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول فى الانفراد به كما صار نظيره فيه أى نظيرى القبول فى الانفراد به فيه قال (ولا يورث كخيار الشرط) أى لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجرى فيه الارث على ما بينا قال (ومن اشترى ما رأى خير ان تغير والا لا) أى ان لم يتغير لا يتخير لان العلم بالمبيع حصل بالرؤية الاولى وقد رضى به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور وانما يتخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له بأوصاف المبيع فصار كأنه لم يره قال (وان اختلفا فى التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق فى دعوى التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة قال (وللمشترى لو فى الرؤية) أى لو اختلفا فى الرؤية كان القول قول المشترى لانها أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول له مع يمينه قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب ردّه بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقى بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفى خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بيناه وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة رحمه الله وعن أبى يوسف أنه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط

أبو بكر خواهرزاده والامام القدورى هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادى توفى سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفى هذه السنة توفى أبو على بن سينا الحكيم والقدورى تلميذ الشيخ أبى عبد الله الجرجانى وهو تلميذ أبى بكر الرازى وهو تلميذ الكرخى اه (قوله وعليه اعتمد القدورى) أى وصححه قاضيخان اه فتح وكتب ما نصه وحقيقة اللفظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه فتح

﴿ باب خيار العيب ﴾

(قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب) أى فى المعقود عليه فى عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا اه اتقانى (قوله اشترى منه عبدا أو أمة) شك من الراوى اه (قوله لا داء ولا غائلة ولا خبثة) الداء ما كان فى الجسد والخلقة والخبثة ما كان فى الخلق والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم فى المبيع من مكروه اه والعداء بالعين والدال المهملتين هو ابن خالد بن هوذة بن خالد كان اسلامه بعد الفتح وقال الترمذى هذا الحديث حسن غريب كذا بخط الشارح وكتب على قوله ولا خبثة ما نصه قال ابن الاثير أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبثة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لا أنه من قوم لا يحل سبيهم كمن أعطى عهدا أو أمانا أو من هو حر فى الاصل اه فقوله نوع من أنواع الخبيث يقتضى أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ فى الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اه (قوله بيع المسلم للمسلم) بنصب بيع ورفعه النصب على المصدر أى باعه بيع المسلم والرفع على أنه خبر مبتدا محذوف أى هذا بيع المسلم وهو مضاف الى الفاعل والمفعول منصوب وليس فى ذلك ما يدل على أن المسلم اذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غشا وانما قال ذلك على سبيل المبالغة فان المسلم اذا باع المسلم يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اه (قوله فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص الخ) قال الاتقانى ثم ليس للمشترى امساك المعيب وأخذ نقصان العيب لانه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز وهذا لان البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضى به والمشترى وان كان يتضرر بالعيب أيضا يمكن تدارك ذلك برد المبيع فلا ضرورة فى أخذ النقصان اه ﴿فرع﴾ لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعى وفى وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه فى خيار الشرط والرؤية قاله الكمال اه (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أى وكما اذا حدث عند المشترى عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اه (قوله وقبضه المشترى من غير أن يعلم به) أى عند البيع ولا عند القبض أما اذا رأى ذلك عند أحد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة اه اتقانى (قوله فى المتن وما أوجب نقصان الثمن الخ) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال من وجد بالمبيع عيبا الخ وقعت الحاجة الى معرفة العيوب فبين العيب بهذا اه

وعليه اعتمد القدورى رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجانى من رب الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع فى الهبة حيث يعودان عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد والعذر لابى يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما والله أعلم

﴿ باب خيار العيب ﴾

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال رحمه الله (من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أو ردّه) لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة فى العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط فى العقد كمن اشترى عبدا على أنه خباز أو نحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة فى العقد لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذى فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيأ لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون أصلا ولا مزاحماله بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى

(قوله ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا) أى لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشياء اه (قوله فان البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة) والضعف قبل البلوغ شامل فى الاعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه و يشتد فكذا هنا فاذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان لمعنى آخر سوى ذلك الضعف الاصلى وهو ثبوت ضعف فى المثانة بسبب آخر فحينئذ يكون عيبا لازما اه اتقانى (قوله لاتحاد السبب) والحاصل أنه اذا اتفق الحال لان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البائع فأما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشترى فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البائع ثم عند المشترى فان كان هذا الثانى غير

ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد اه اتقانى نقلا عن

معرفته عرف أهله قال (كالاباق والبول فى الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم) ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا و يزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا احادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة و بعده لداء فى الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث فى الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى بعد البلوغ ليس له أن يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ و وجد عند المشترى أيضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشترى أيضا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه اليه وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يأتمنه فى حفظ ماله ولو سرق الشئ اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ وفى الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان أبق من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عارية أو وديعة بخلاف ما اذا أبق من الغاصب الى المولى أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها و بيوتها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد فى الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا تشترط المعاودة عند المشترى بل اذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده وان لم يعاوده فى يد المشترى لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال (والبخر والدفر والزنا وولده فى الجارية) يعنى هذه الاربعة تكون عيبا فى الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود منها وهو الافتراش وطلب الولد لا فى الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه أدفر أو أبخر أو زانيا أو ولد زنا لا يمنعه منه الا أن يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشترى حتى يرد الا الزنا فى الجارية فانه روى عن محمد فى الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد

التحفة مع بعض تغيير اه (قوله فى المتن والجنون) وحكى عن الشيخ أبى بكر الاسكاف البلخى أن الجنون أيضا بمنزلة البول فى الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن المشترى أن يرد بالجنون اذا جن عنده فى حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الصغر وانما يثبت حق الرد اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الكبر أيضا ووجه ذلك أن سببه فى الصغر الضعف الشامل على الاعضاء وهو يزول بالكبر كما فى ضعف المثانة وفى حالة الكبر لفساد اختص به محل العقل والصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا يظهر آثار العقل فى الصغار ثم يزداد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون ثابتا الفساد فيه اه اتقانى (قوله وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده) أى بخلاف الاباق ونظائره فانه لا يثبت حق المعاودة عند المشترى بل اذا أثبت أنه كان به جنون كانت عند البائع يرده اه (قوله لانه عين ذلك الاول) أى لان الجنون لا يكون الا لفساد فى محل العقل وهو الدماغ ففى أى وقت ظهر فهو بذلك السبب اه اتقانى (قوله فى المتن والبخر والدفر) البخر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهى بخر مأخوذ من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البخور الذى يتبخر به من ذلك كذا فى الجمهرة والدفر نتن ريح الابط قال فى الجمهرة الدفر النتن رجل أدفر وامرأة دفراء ويقال للمرأة يا دفار معدول وقد شممت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر كذا فى الجمهرة اه اتقانى قال الكمال قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة اه (قوله دون الغلام) فان قيل لو وجده سارقا كان له أن يرده والمعنى فى ذلك أنه لا يؤتمن على الخزائن والاموال فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤتمن على الجوارى والخدم قيل

اذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن واذا اشتغل المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الامر فلذلك المعنى لا يكون عيبا قاله الاتقانى نقلا عن الفقيه أبى الليث اه ﴿فرع﴾ النكاح عيب فى الرجل والمرأة جميعا وعلل محمد فى الاصل بقوله لان فرج الجارية عليه حرام اذا كان له زوج ولان العبد يلزم بنفقة المرأة قال فى الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعى عيب وعن البائن لا اذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع لا من البائع أو عند آخر ولم يعلم المشترى بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد اذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرد لان على تلك الرواية الولادة عيب لازم لان التكسر الذى يحصل بسبب الولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى نفس الولادة عيب فى بنى آدم وفى البهائم لا اه اتقانى ﴿فرع﴾ والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه قاله الاتقانى نقلا عن الاجناس اه (قوله فى المتن والكفر) قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فيمن اشترى عبدا فاذا هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرده منه وهذا لان المسلم قلما يرغب فى صحبة الكافر و ينفر عنه فكان الكفر سببا لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيبا ولانه لا يجوز صرف الكافر الى كفارة القتل بالاجماع ولا يجوز صرفه الى كفارة اليمين عند بعض الناس فاختلفت الرغبة اه اتقانى (قوله يرده لفوات الوصف المرغوب فيه)

كانت زنت عند البائع فللمشترى أن يردها وان لم تزن عنده لحوق العار بالاولاد وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رجل اشترى جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الاباق لازم لها أبدا وهذا نص على أن الاباق أيضا لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه به من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعى رحمه الله الزنا فى الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا حده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال (والكفر) يعنى فى الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب وقال الشافعى يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرناه قال (وعدم الحيض والاستحاضة) لان ارتفاعه واستمرار الدم أمارة الداء وهذا لان الحيض مركب فى بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فان لم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه ويعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك فى الصحيح وعن أبى يوسف رحمه الله ترد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره فى الكافى ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفى المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة أشهر

أى لان الاولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف الصالح يستعبدون العلوج والجواب أن هذا أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به فى المعاملات اه اتقانى (قوله ويعرف ذلك بقول الامة) قال الامام العتابى رحمه الله وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يعرف ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك بالله لقد سلمها بحكم البيع وما بها هذا العيب وان نكل ترد بنكوله هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذى يدعيه المشترى فى الحال وهذا على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى مسئلة البكارة اذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشترى ليست ببكر وقال البائع هى بكر فى الحال فان القاضى يريها النساء فان قلن هى بكر لزم المشترى من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الاصل هو البكارة وان قلن هى ثيب ثبت حق الفسخ للمشترى بشهادتهن لان شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوى و بشهادتهن يثبت للمشترى حق الخصومة فى توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم البيع وهى بكر ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض بالله انها بكر وروى عن محمد أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع فكذلك هنا ترد من غير يمين البائع وقال فى الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحمل يريها النساء فان قلن هى حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع وان ادعى المشترى ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشى (قوله قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه) فى الهداية و يعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع اه (قوله وفى المديدة تسمع) وأقلها ثلاثة أشهر قال الاتقانى قال محمد فى الاصل والمستحاضة والتى يرتفع حيضها زمانا فهذا كله عيب وفسر فى التحفة أدنى ذلك الزمان بشهرين اه

وعشر عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر أنها سنتان وجملة الامر فيه أنه اذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ماذكرنا سأل القاضي البائع فان أقر عما ادعاه المشترى ردها على البائع وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجيء بيانه وان أقر بقيامه في الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه وان أقام المشترى البينة على أن الانقطاع كان بالبائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدا أنها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي أن المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ماذكر في الكافي وعزاه الى الفوائد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده لان المشترى لا يرد بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من اليمين قال (والسعال القديم) لان دوامه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته قال (والدين) لان ماليته يكون مشغولا به ويقدم الغرماء على المولى قال (والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال (فلو حدث آخر عند المشترى رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشترى عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده الا برضا البائع لان بالرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع بأخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخير المشترى حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له أن يرجع لنقصان بعدما رضي البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له أن يأخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البائع فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة بأحد أمرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البائع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما كما اذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بان نقص أو زاد لان الجزء الفائت صار حقا للمشترى بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان أمكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن فصار له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي الضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته أن يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فثلثه وقال مالك يرد المشترى المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار رادا لكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا أن حق الرد ثبت للمشترى ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البائع وبعدما تعيب عنده لو رده تضرر به البائع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنه ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشترى أمكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه أصلا ثم لو رضي البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له أن يرجع على المشترى كما لا يرجع المشترى بشيء على البائع اذا رضي بأخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشترى أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيرجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي ألا ترى أن من غصب ثوبا فخاطه أو صبغه لا تسقط عصمة صنعه قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لان القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان

(قوله وأحسن دعواه) أي بان ذكر سببه وهو الداء أو الحبل اه (قوله مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغولا به اه (قوله الا أن يرضى البائع بأخذه) أي بالعيب الحادث فله ذلك لانا انما قلنا بتعذر الرد لحق البائع فلما رضي أسقط حقه بخلاف ما اذا كان المبيع عصيرا فتخمر في يد المشترى ثم اطلع على عيب في العصير وهي مسئلة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضا بالاخذ لان الامتناع ثمة لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشترى نقصان العصير اه اتقاني (قوله فلا يصار اليه أصلا) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله ووجهه أن يقال فلا يصار اليه أي الى الرد بعيب قديم مع حدوث عيب آخر عند المشترى وفي عبارة الكافي وغيره فيصار اليه بدون قوله أصلا وهي ظاهرة المراد أي فيصار الى الرجوع عليه بحصته من الثمن اه

(قوله حيث لا يكون له أخذه) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي انهما لو تراضيا على الرد فالقاضي لا يقضي بالرد اه (قوله في المتن وان باعه المشترى لم يرجع) أي بعد العلم بالعيب أو قبله اه غاية (قوله حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان) أي سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده اه اتقاني وكتب على قوله حيث لا يبطل بالنقصان ما نصه لان امتناع الرد ليس لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممتنعا قبل البيع بالخياطة لا بالبيع اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني وكذلك الحكم فيما لو كان المبيع حنطة فطحنها أو كان لحما فشواه أو كان دقيقا فخبزه ثم باعه رجع بنقصان العيب لان المشترى ليس بحابس للمبيع بل امتنع الرد قبل البيع لحق الشرع اه (قوله في هذه الصور) يعني لو قطعه وخاطه ثم باعه بعد رؤية العيب أو صبغه ثم باعه بعد رؤية العيب أو لت السويق بسمن ثم باعه بعد رؤية العيب فانه يرجع بالنقصان في هذه الصور وكتب على قوله في هذه الصور ما نصه أي بعد رؤية العيب اه (قوله حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية) أي اذا رضي من له الحق في الزيادة فاذا أبى المشترى الرد وأراد الرجوع بالنقصان وقال البائع لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س ليس للبائع ذلك وقال م له ذلك اه (قوله فحاصله ان الزيادة نوعان متصلة الخ) الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل لا تمنع الفسخ عند محمد لانها تابعة للاصل اه غاية وعمادية (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ما قلنا وهو أن المشترى انما كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا الخ اه

بخلاف ما اذا اشترى بعيرا أو نحره فوجد معاه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة والفرق له أن النحر افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله قال (وان قبله البائع كذلك له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال (وان باعه المشترى لم يرجع بشيء) لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له قال (فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) يعني لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة أيضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو أخذه لكان ربا أيضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان المشترى اذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشترى مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا تكون أكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشترى مجانا أن يكون ربا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان ومثله يطيب الربح لما روي أنه عليه السلام قضى أن الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال (أو مات العبد أو أعتقه) أي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه أما الموت فانما لا يمنع فلان الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع

ردهعلى البائع حكمى لابفعل من المشترى فلا يمنع الرجوع بالنقصان وأما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعى رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان أن الاعتاق انهاء الملك لان الملك فى الآدمى يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهى بمضى مدته والمنتهى متقرر فى نفسه فيجعل كأن الملك فيه باق فتعذر رده ولهذا ثبت الولاء له بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمى مع بقاء الملك حقيقة ولو أعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغى أن يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا أبق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف مادام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب رده ولاه ويتولاه العبد لانه هو الذى اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال (فان أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاما فأكله أو بعضه لم يرجع بشئ) أما العتق على مال فقد ذكرناه وأما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كأنه سلم اليه الضمان معنى ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن أبى يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوى فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء للملك وجوابه ماذكرنا وهذا بخلاف ما اذا صبغ الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق وأما أكل الطعام فالمذكور هنا قول أبى حنيفة والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تأثير له فيه ألا ترى أن المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل فى جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشترى كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق أو توابعه كالتدبير

والاستيلاد

(قوله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل) قال الاتقانى وأما الاعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيخان وهو قول الشافعى أيضا كذا نقل قوله فى شروح الجامع الصغير لانه حبس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل (قوله لان الملك فى الآدمى يثبت على منافاة الدليل) أى لان الانسان لم يخلق للتملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر أعنى أنه وقع جزاء الكفر الاصلى اه (قوله فيجعل كأن الملك فيه باق) بخلاف البيع فانه قاطع لملك البائع الى غيره لا منه للملك فى العبد وبهذا ملكه المشترى اه (قوله لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمى) أعنى الرد امتنع بتعلم الشرع لا بفعل المشترى اه (قوله وعن أبى حنيفة أنه يرجع) لانه انهاء للملك وهو قول أبى يوسف اه (قوله والكتابة مثل الاعتاق على مال) أى وفيه خلاف أبى يوسف أيضا اه (قوله اذا أبق العبد المبيع) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان رواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة وروى الحسن بن أبى مالك أنه يرجع للحال اه (قوله وجوابه ماذكرنا) ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا ترى أنه تجب عليه الكفارة لو كان خطأ اه اتقانى (قوله والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما) قال الاتقانى وأخذ الطحاوى فى مختصره بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبى حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا فى شرح الطحاوى وجه قولهما أن الاكل تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلافا لانه استعمال العين لما طلب فيه لا لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالزائل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما ما نصه قال فى خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتقانى (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالمستفيد عوضا اه اتقانى (قوله والتمليك من غيره امتنع) أى ولم يمتنع الرد قبل التمليك اه (قوله أو ازداد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق) مثال الامتناع من جهته بفعل غير مضمون اه

والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان أكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقى ولا أن يرجع بنقصانه لانه كشئ واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب فى الكل وليس له أن يرد الباقى لان الطعام كالشئ الواحد فيتعيب بالتبعيض وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض أولى وعنهما أنه يرد الباقى ويرجع بنقصان ما أكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا فى المزال عن ملكه ولا فى الباقى لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقى قال (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا ووجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع لانه أسقط حقه وقال الشافعى رحمه الله اذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا رضى بكسره فى ملك المشترى لا فى ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال (والا بكل الثمن) أى ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم فى البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا فى الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بأن كان فى موضع يوقد فيه قشره كما فى مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع فى القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيأ بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ لانه صار به آكلا للبعض وينبغى أن يكون على الخلاف الذى ذكرنا فى الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب شئ يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ماذكرناه وقالوا فى بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند أبى حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول أصح لما عرف من قواعدهم قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا) أى لو اشترى شيأ ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ فى حق الكل فيكون كأنه لم يبعه وان كان الرد بالتراضى من غير قضاء القاضى لا يرده على بائعه وقيل فى عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده للتيقن به عند البيع الاول والاصح أنه لا يرده عليه فى الكل لان الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما اذ الولاية لهما على غيرهما

(قوله فكذا الجواب عنده) أى لا يرجع عنده كما لو أكل كله اه (قوله لانه كشئ واحد فلا يرد بعضه) أى كالعبد الواحد تعذر الرد فى بعضه بمعنى من قبله مبطل الحق فى الكل اه اتقانى وعند زفر يرجع بنقصان الباقى الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن اه غاية (قوله ان لم ينتفع به) أى كالقرع المر والبيض المذراه فتح (قوله وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن) هو اختيار صاحب الهداية اه (قوله هذا اذا كسره من غير علم به) لا يظهر وجه هذا التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل والذى يظهر أن التفصيل فيما اذا وجده معيبا ينتفع به فينبغى أن يذكر هناك اه قارئ الهداية اه (قوله لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد) أى فصار كقليل التراب فى الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وفى القياس يفسد وهو ظاهر اه فتح (قوله فقيل باطل عند أبى حنيفة) أى كما لو جمع بين حر وعبد اه (قوله له أن يرده على بائعه) قال الكمال يعنى له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده فى المبسوط بما اذا ادعى المشترى الثانى العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشترى الاول لم يذكره فى الجامع وانما ذكره فى اقرار الاصل فقال ليس للمشترى الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشترى الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقى اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد اه فتح القدير (قوله لا يرده على بائعه) أى وان ثبت أن العيب كان عند البائع الاول اه ولوالجى (قوله لان الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما) أى والبائع الاول ثالثهما كان المشترى الاول اشتراه من المشترى الثانى ولو اشتراه المشترى الاول من المشترى الثانى لم يكن له أن يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشترى الاول فى الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضى تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشترى الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يجوز له حق الخصومة فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان وقال الشافعى يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعى فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء اه فتح

بخلاف القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرده على بائعه وان كان بالتراضى فى غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا فى حق الكل على ما نبينه فى الاقالة ان شاء الله تعالى وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة والاظهر أنه بيع جديد فى حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبى يوسف بيع فى حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار أو بنكول لان قضاءه فسخ فى الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه ببينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو نكول لان اقراره لا يقبل فى حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا فى حقه كالفسخ بالتراضى وهذا لان القاضى مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما فى القتل فانه يمكنه أن يأخذه ويضرب به وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما فى الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آلة له فيه اذ لا يقدر أن يتكلم بلسان غيره والقاضى لا يصلح أن يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا أقر بالعيب وأبى القبول فرده عليه القاضى جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضى فينفذ قضاؤه فى حق الكافة فكان له أن يرده على بائعه لانه لما انفسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كأنه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضى حيث يكون ردا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فينفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له أن يرده لظهور الفسخ فى حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا فى حق الكافة لبطل حق الشفيع به فى الشفعة ولكان لابى البائع أن يدعى ولد المبيعة المولود عند المشترى قبل الفسخ أو بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشترى لارتفاع العقد من الاصل فكأنه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهى ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ ألا ترى أن الواهب اذا رجع فى الهبة كان فسخا فى حق ما يستقبل من الاحكام لا فى حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ العقد وجعل له كأنه لم يكن متناقض لان العقد

(قوله وهذا اذا كان الرد) أى بالعيب من المشترى الثانى اه (قوله بعد القبض) أى بعد قبض المشترى الثانى المبيع اه (قوله وان كان قبله فله) أى للمشترى الاول اه (قوله وان كان بالتراضى) أى كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول أن يرده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اه كمال ﴿فرع﴾ قال الاتقانى ثم اعلم أن المشترى اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بائعه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل فى حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أما اذا قبضه المشترى الثانى ثم رد على المشترى الاول بعيب فعلى وجهين فان قبله بقضاء قاض فله الرد على بائعه وان قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد وذلك لانه اذا قبل بغير قضاء القاضى كان ذلك ردا باصطلاحهما وتراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف واذا قبله بالقضاء باحد الاشياء الثلاثة بالبينة أو بالنكول أو بالاقرار فله أن يرد على البائع الاول لان البيع الثانى انفسخ بفسخ القاضى فصار كأن البيع الثانى لم يوجد أصلا ولكن البيع الاول قائم لم ينفسخ بفسخ الثانى فيملك الخصومة اه (قوله ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة اه هداية وكتب ما نصه قال الاتقانى وفى قول زفر اذا جحد العيب فرد عليه بالبينة ليس له أن يرد على الاول كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله وقال محمد لا يرد على بائعه) هكذا ذكر فى المجمع أن هذا قول محمد وذكر شارح الهداية الاكمل والقوام الاتقانى أن هذا قول زفر والله أعلم (قوله كان راضيا بحكم السبب) أى فلا فرق اذا بين القضاء والرضا فى وجوب كونه بيعا فى حق ثالث اه فتح (قوله وهذا) أى المذكور فى أول المقالة اه (قوله حيث يكون ردا على الموكل) هذا اذا كان القضاء بالبينة أو بالنكول وان كان الرد بقضاء باقرار الوكيل وكان عيبا يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عند موكله أو عند بائعه كان له الرد على الموكل وتمامه فى الولوالجى اه (قوله حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين) أى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة ما مضى وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن

اذا جعل كأنه لم يكن جعل الفسخ أيضا كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن فى هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن فى حق المستقبل دون الماضى قال رحمه الله (ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه) أى لم يجبر المشترى على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو أجبر وأخذ منه الثمن فربما يثبت المشترى العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشترى منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشترى فى المبيع وقوله ولكن يبرهن أى يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته أن يقيم البينة أولا أن العيب الذى يدعيه وجد بالمبيع عنده أى عند المشترى لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرده بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فاذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته فى الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف أن يحلف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عندى وذلك بعد اقامة المشترى البينة أنه وجد فيه عنده أى عند المشترى لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشترى البينة على قيام العيب فى الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عنده وقيامه فى الحال هل يحلفه المشترى فعلى قول أبى يوسف ومحمد يحلفه لانه لو أقر يلزمه فاذا أنكر يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما لثبوت العيب فى الحالين على ما بيناه فى البينة واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما فى الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك لقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به فى الحال ثم تنشأ خصومة أخرى فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهى أن الشفيع اذا تقدم الى القاضى يطلب الشفعة فان القاضى يسأل المدعى عليه عن التى يشفع بها فان أقر بانها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع أم لا فان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة أنها ملكه استحلف المشترى ما يعلم أنها ملكه فان نكل ثبت أنها ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فان القاضى يسأله هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره

الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولايته هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فى ابطالها ولان صحتها لا تستدعى عندنا دينا على المحال عليه اه فتح (قوله فلا يصار اليه حتى يتبين حاله) قال الاتقانى فلاجل هذا يؤمر المشترى باقامة البينة أو بتحليف البائع حتى يظهر وجه الحكم فان استبان وجه الحكم بان قامت البينة أو حلف البائع فنكل رد المبيع والا أجبر المشترى على نقد الثمن اه (قوله ليتعين حق البائع فيه) قال الاتقانى لان دفع الثمن انما يتعين على المشترى اذا تعين المبيع اه (قوله تعين حق المشترى فى المبيع) أى ولم يتعين المبيع لان حق المشترى فى السليم لا فى المبيع اه اتقانى (قوله لاحتمال أنه حدث عنده) أى ان أنكر البائع أن العيب كان موجودا عنده اه (قوله فعلى قول أبى يوسف ومحمد يحلفه) أى على العلم لانها يمين على غير فعله اه أقطع وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله ثم اعلم أن المشترى لا يثبت له حق الرد بهذه العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخلو من أحد الامرين اما أن يقر البائع بحصولها عند المشترى أو ينكر فان أقر ثبت حق الرد للمشترى وان أنكر يقال للمشترى أثبت أولا أن هذا العيب حصل عندك فان أثبته بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون البينة حجة وان لم يكن للمشترى بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أبى يوسف ومحمد لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما نعلم أن هذا العبد جن عند المشترى ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر فى الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبى حنيفة اه (قوله ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب الخ) فيه ترك النظر للمشترى بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك فى دعوى الاباق هنا اه (قوله ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين) قال الاتقانى رحمه الله ويحلف بالله لقد سلمته اليه بحكم البيع وما به هذا العيب اه (قوله فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده) أى ان أنكر قيام العيب قبل البيع اه

(قوله فى المتن وان قال شهودى بالشام) أى مثلا فامهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف اه فتح (قوله استحلف البائع) فيه ابهام اذ لم يذكر على أى شئ يستحلفه أعلى عدم علمه بقيام العيب عند المشترى أو على عدم قيامه عنده أو عليهما والظاهر أنه على الاول لكنه على قولهما اه كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزى رحمه الله (قوله لان فى الانتظار ضررا بالبائع) أى لانه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه اليه اه اتقانى

القدورى ولم يحك فيه خلافا قال (وان قال شهودى بالشام دفع ان حلف بائعه) أى اذا قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشترى لانه على حجته متى أقام عليه البينة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال رحمه الله (فان ادعى اباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى أنه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أى اذا ادعى المشترى أن العبد الذى اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشترى تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشترى بينة أنه أبق عند نفسه فان أقام البينة حلف لما ذكرنا أن البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشترى أن العيب وجد فيه عند المشترى وهذا قول أبى حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه آنفا وقولهما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشترى والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه فى احدى الحالتين وهى حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعى تسليمه سليما فيكون مدعيا العلم به فيحلف على ما يدعى ألا ترى أن المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف أهى حادثة عند المشترى أم لا وأما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشترى به وأثبته بطريقه وحاصله أن العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهرا للعالم كم فحكمه ما ذكرنا والثانى ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فعرفته اذا أنكر البائع بقول الاطباء فيقبل فى قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيب لا يعرفه الا النساء كالرتق والعفل فيقبل فى قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضى ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمها ما ذكرناه قال (والقول فى قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشترى بعيب جارية أو عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشترى بعتنيه وحده فالقول قول المشترى لان القول للقابض أمينا كان أو ضمينا كالغاصب والمودع

(قوله وان نكل البائع لزم العيب) قال الاتقانى وان نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب لان النكول حجة فى المال لانه بدل أو اقرار فيصحان جميعا فيه اه (قوله لانه حجة فيه) أى فى ثبوت العيب اه (قوله وعندهما يحلف) أى وان لم يقم المشترى بينة اه (قوله لانه يوهم تعلقه بالشرطين) أى فيكون غرض البائع من هذا اليمين عدم وجود العيب فى الحالتين جميعا اه كى فاذا وجد فى حالة كان بارا لان المعلق بالشرطين انما ينزل عند وجودهما اه (قوله وانما كان التحليف على البتات هنا) قال الاتقانى رحمه الله وان لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذه اليمين تسمى يمين الرد وذلك لانه معنى لو أقر به لزمه ويحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وهو تسليمه صحيحا فان حلف برئ وان نكل رد عليه بالعيب اه (قوله وأثبته بطريقه) أى ببينة يقيمها أو بنكول المشترى اه (قوله والعفل) العفل شئ مدور يخرج بالفرج ولا يكون فى الابكار وانما يصيب المرأة بعدما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق) قال الاتقانى وضع المسئلة فى الاباق والحكم فى جميع العيوب التى لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الا أن المعاودة فى يد المشترى شرط فى العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أى لانه أعرف بما قبض ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة فى المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اه اتقانى

ولان

ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن فى ذمته وهو حصة الآخر والمشترى ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض لما بينا قال (ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) يعنى ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما لان فى أخذ أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق فى القبض كالتفريق فى القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومؤكدا ملك الرقبة وعن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها فى حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزئ فى الاتمام ألا ترى أن حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه فكذا اتمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هى لا تقبل التجزئ فى هذا المعنى قال (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا رد المعيب وحده) وقال زفر ليس له أن يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردئ فأشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعدما تناهى فى ملك المشترى من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير فى الباقى لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر فى حق المشترى كذا ذكر خلاف زفر فى المبسوط وغيره وذكر فى المختلف أن له أن يفرق قبل القبض اذا وجد بأحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجى الخف ومصراعى الباب ليس له أن يرد أحدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجى ثور فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا على رد المعيب وحده قال (ولو وجد ببعض الكيلى أو الوزنى عيبا رده كله أو أخذه) يعنى اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشئ واحد حكما وتقديرا وان كان أشياء حقيقة لان المالية والتقوم فى المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل فى حق البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشئ الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو وعاءين وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده قال (ولو استحق بعضه لم يخير فى رد ما بقى ولو ثوبا خير) يعنى لو استحق بعض المكيل أو الموزون لم يخير فى رد الباقى ولو استحق بعض الثوب خير فى رد ما بقى لان الشركة فى المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض وأما اذا استحق بعض المكيل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقى لتفريق الصفقة على المشترى قبل التمام قال (واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره

(قوله ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن فى ذمته الخ) لا يظهر وجه هذا الدليل الثانى اذ لا يصح الا فيما اذا كان الاختلاف قبل قبض الثمن أما اذا كان بعده انعكس الامر اه (قوله وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) أى كان القول قول المشترى أيضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدين أو جاريتين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا فى المقبوض فقال المشترى قبضت أحدهما لا غير وقال البائع قبضتهما جميعا اه اتقانى (قوله فانه) أى لم يقل أحد ان الامام زفر رحمه الله يجيز رد أحدهما قبل القبض ويمنعه بعد القبض وانما اختلفت الرواية عنه ففى المبسوط أن زفر لا يجيز رد أحدهما لا قبل القبض ولا بعده وعليه مشى فى الهداية وهنا الشارح أيضا فى أول كلامه آنفا وفى مختلف الرواية أن زفر يجيز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشى فى المنظومة ومجمع البحرين فحينئذ لا اشكال لاحتمال أن يكون عنه روايتان والله الموفق (قوله وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجى الخف الخ) تقول اشتريت زوجى حمام وأنت تعنى ذكرا وأنثى وعندى زوجا نعال وقال تعالى من كل زوجين اثنين اه صحاح (قوله اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها) أدنى القيمة التى يشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه قنية

الملك فيه فان الاختيار هنالك شرع للاختبار والبس والركوب مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا للاجازة لفات فائدة خيار الشرط وأما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب لسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تأويلها اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد أولا تساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس له أن يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر أنه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع وأنه لا ينافي المالية فينفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد في يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة لان وجوبه لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة رحمه الله ان سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا فقلنا ان نمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البائع ألا ترى أنه يحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت مستحقة في يد البائع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري أن يمسك العبد يرجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما رجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البائع وان رضي البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري ولا يرجع به على أحد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القطع أو القتل بسبب كان في يد البائع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل أو القطع فانه لا يبطل

(قوله في المتن أو لشراء العلف) الالف واللام بدل عن المضاف اليه أي لشراء علفها أما الركوب لشراء علف غيرها لا يكون رضا اه (قوله في المتن واسترد الثمن) أي وان شاء أمسكه ورجع بنقصان الثمن كما سيأتي في الشرح وكان ذكره هنا أولى اه (قوله معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها) هذا يستقيم على قولهما لما أنه عندهما يجري مجرى العيب فاذا كان عالما لا يرجع على البائع بشيء وقد قيل انه في قول أبي حنيفة كذلك لان كونه مباح الدم أو كونه مستحق القطع عيب لا محالة لكنه أجرى مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والصحيح أن العلم والجهل سواء لانه من قبل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع اه (قوله كما لو اشترى جارية حبلى) أي وقد دلس البائع الحمل اه غاية (قوله فيرجع بنقصانه) وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق هكذا في أصل محمد ابن الحسن وصرح العتابي أنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القطع وتعليله مبسوط في الغاية اه (قوله بأن يقوم سارقا) أي واجب القطع وغير واجبه فيرجع بما بينهما اه فرشتا ومصفى (قوله فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية الخ) فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب اه (قوله ولئن سلم الخ) انها وفاقية في الرجوع بالنقصان فقط اه

حقه

(قوله فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به) قال في الذخيرة لان بالاعتاق فات ملك المشتري فلا يتصور انتقاضه بالقتل والقطع اه

﴿باب البيع الفاسد﴾

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا ذاتا ووصفة قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره جملة ما يفسد به البيع أن يكون المبيع مجهولا أو ثمنه أو يكون محرما أو ثمنه أو يكون في المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه أو أن يشترط فيه شرطا فيه منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون في المبيع عرض أو في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند الانسان أو بيع ما يقبضه البائع وكذلك أن يبيع دينا في ذمة غير المشتري أو يشتري به من غير من هو في ذمته وكذلك صفقتان في صفقة (٤٣) وشرطين في بيع وكذلك بيع الاوصاف

حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به وأيما اذا أعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بينا من قبل ولا يقال ينتقض قول أبي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به وبما اذا زنى عند البائع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لانا نقول المريض والمقطوع عند البائع ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال (ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا أن يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن الابراء من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي مناظرة فقال له أبو حنيفة ألا ترى أنه لو باع جارية في موضع المأتى منها عيب أو غلاما في ذكره عيب أكان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى أفحمه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه أو ليبرئه بل هذا بيان لانعقاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند أبي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب فلو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة

﴿باب البيع الفاسد﴾

والاتباع من الحيوان وما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر وان تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جاز بيعه ولا يجوز أن يبيع بثمن ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من الجهالة في المبيع أو الثمن جهالة مفضية الى المنازعة المفضية الى التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يمنع التسليم حيث يصح العقد بجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة وأما كون المبيع أو ثمنه محرما فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجيء بيان ذلك وأما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمرهون والمستأجر وقد اختلفت الروايات في ذلك قال في موضع فاسد وقال في موضع موقوف فمن أصحابنا من جعل في المسألة روايتين ومنهم من قال بأن البيع موقوف وقوله فاسد معناه لا حكم له فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الايضاح تفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط المنفعة للبائع كما اذا قال على أن أهب لك أو أقرض لك وكاشتراطها للمشتري نحو أن قال اشتريت على أن تقرضني وكاشتراطها للمعقود عليه كما اذا قال على أن تعتقه أو تدبره وكاشتراطها للانسان آخر نحو أن قال أن تقرض فلانا والاصل فيه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط أما اذا كان شرطا يقتضيه العقد لا يفسد به العقد كاشتراط حبس المبيع ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدى الروايتين وبيع الطير الذي طار من يده وكذلك بيع الآبق وكذلك اذا تمكن الغرر في المبيع أو الثمن كبيع السمك في الماء فان كان أخذه فالقاه في الماء فهو بيع الغرر لعجزه عن التسليم وان كان لم يأخذه فهو بيع ما ليس بمملوك وكذا بيع ما ليس عند الانسان لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وكذا بيع ما لم يقبضه البائع لورود النهي عن ذلك وكذلك بيع الدين من غير من هو عليه لانه

عاجز عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة عليه لان البائع عاجز عن التسليم وكذلك الصفقتان في صفقة نحو ان قال أبيعك هذا على أن تبيعني هذا لانه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعين في بيع وصورته أن يقول بعتك هذا بقفيزين حنطة أو بقفيزين شعيرا وهذا بيعان في بيع واحد وكذا النهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع كما اذا قال ان أعطيتني الثمن حالا فبكذا وان كان مؤجلا فبكذا وكذلك بيع الاوصاف من الحيوان كبيع الالية من الشاة الحية لانها حرام قبل الذبح وايجاب الذبح على البائع ضرر به وكذا بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع للنهي عن بيع الحبلة وحبل الحبلة وفي اللبن غرر فيحتمل انه انتفاخ وكذا بيع ما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر كبيع ذراع من ثوب لان الضرر منفي شرعا وان لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قفيز من صبرة وكبيع عشرة دراهم وشراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجيء بيانه ثم اعلم أن مصنف القدوري رحمه الله لقب الباب بالفاسد وان ابتدأ بالبيع الباطل بقوله كالبيع بالميتة والدم لان الفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد واذا لم يبق صالحا للشيء يقال بطل قاله الاتقاني رحمه الله قال الكمال رحمه الله ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد أنه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي شرعت لها العقود لينقطع التغالب والوصول الى الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه

اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان العوضان أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول أنه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما بتباين سماويهما فانه مأخوذ في مفهومه أو لازمه انه مشروع بأصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولهذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخله بعضهم أيضا في البيع الفاسد لشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاوره اه (قوله في المتن لم يجز بيع الميتة الخ) قال الاتقاني فأما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لانه مبادلة المال بالمال على التراضي وهذه الاشياء ليست بمال عند أحد ممن له دين سماوي فيبطل البيع ولا يفيد الملك بخلاف البيع بالخمر والخنزير فانه فاسد لا باطل ويفيد الملك اذا اتصل به القبض باذن البائع صريحا أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهاه البائع وهذا لان الخمر والخنزير مال متقوم عند أهل الذمة ولكن الشرع أسقط التقوم بدليل حل الاتلاف بلا ضمان فمن حيث انه مال صلح ثمنا ومن حيث انه ليس بمتقوم لم يصلح ثمنا فكان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد لم يكتب المحشي (قوله حتى علك) أي فلو كان المشتري بها عبدا فعتقه المشتري

نفذ عتقه

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال رحمه الله (لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب) لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطل لما ذكرنا قال (فلو هلك عند المشتري لم يضمن) لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه أن بيع ما ليس بمال عند أحد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند أهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لانها غير متقومة لما أن الشرع أمر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير

مقصودة

(قوله بأن كانت دينا في الذمة) أي الخمر اذ لا يصح الا فيها لان غيرها لا يثبت في الذمة

اه (قوله وتثبت الحرية انعقد الخ) كأنه جواب على ما يرد على أصلنا من أن التعليقات ليست بأسباب في الحال فقال لما كان ما بعد الموت زمان بطلان الاهلية انعقد التدبير سببا في الحال اه (قوله وخرج من يد المولى) أي وجواز البيع يقف على اليد بدليل الآبق والمغصوب اه (قوله صح في الاظهر) احترازا عن رواية النوادر اه ق (قوله لانهم يدخلون في العقد) أي بخلاف الحر فانه لا يدخل أصلا فيبطل البيع فيه وفيما ضم اليه اه (قوله على أنه باطل في حق نفسه) أي حتى لا يفيد الملك بعد القبض كما تفيد سائر البياعات الفاسدة الملك بعد القبض اه اتقاني (قوله وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه اه هداية (قوله بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما) يعني لو اشترى انسان مال نفسه لا يجوز ولو ضمه مع عبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق عبد البائع وهذا معنى قوله ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري اه (قوله ليس باحرازه) سيأتي في المقالة الآتية ما يخالفه نقلا عن النهاية اه (قوله فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه الخ) قال الاتقاني أما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطع الخروج كما اذا أفرخ الصيد في أرضه من غير أن يتخذه مكانا فاذا اتخذه مكانا كان ملكا لصاحب الارض اه

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بأن كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيما اعزاز له لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لانه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر وتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها تقبله بخلاف المدبر وأم الولد وقال في الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك بالقبض لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر أو أم الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان بضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر دون أم الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والسمك قبل الصيد) أي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه السلام قال لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه أحمد ولانه باع ما لم يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم ألقاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذا له وملكه بمنزلة ما لو ألقاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحرازه فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هيأها له ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بغير حيلة أو لا لانه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا قبل أخذه لا يجوز

(قوله في المتن والحمل والنتاج) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله في الهداية ولا يبيع الحمل والنتاج وانما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر لانه لا يدري هل تنتج تلك الناقة أم لا تنتج ان بقيت فربما هلكت قبل أن تنتج وتلد اه (قوله فيختلط المبيع بغير المبيع) أي بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز وكذا اذا باع دقيقا في هذه الحنطة أو زيتا في هذا الزيتون أو دهنا في السمسم أو عصيرا في العنب أو سمنا في اللبن ونحو ذلك اه اتقاني (قوله فيؤدي الى النزاع) أي فلا يجوز البيع لادائه الى قلب الموضوع لان وضع الاسباب لقطع المنازعات فاذا أفضى البيع الى ذلك لزم ما قلنا اه اتقاني (قوله في المتن واللؤلؤ في الصدف) أي ولو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اه قاضيخان في فتاواه في البيع الفاسد (قوله لانه بمنزلة وصف الحيوان) أي لانه تبع للحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا بارادة العقد عليه اه اتقاني (قوله بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها) أي وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره اه اتقاني (قوله وانما أجيز في الكرات) أي وان كان ينمو من أسفله اه اتقاني (قوله في المتن والجذع في السقف) قال في الهداية ولو لم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا قال الاتقاني يعني هذا الذي ذكرنا من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا أما اذا لم يكن الجذع متعينا فلا يجوز البيع لمعنيين أحدهما ما ذكرنا في الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرنا والمعنى الثاني الجهالة لانه غير متعين اه

و بعده يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان لم يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو أخذه وسلمه ينبغي أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غيره أخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو باض فيها بيضا أو تكسر الصيد أو تكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب في العسل العشر اذا كان في أرض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهيئ أرضه لذلك فان هيأها له بأن حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ملكه لان التهيئة أحد أسباب الملك الا ترى أنه لو بسط طستا لجمع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له ولو لم يعلم به فخلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرنا من قبل ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان والا فلا فرق بينهما قال (والحمل والنتاج) فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبل التي نتجت رواه أبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه أحمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بيناه والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة فيه لان معناه أن يبيع ما سيحمله الجنين ان كان أنثى كما كانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام قال (واللبن في الضرع) لما روينا ولما روي أنه عليه السلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر ولبن في ضرع وسمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل أن يكون انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال (واللؤلؤ في الصدف) لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا فاشبه مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا قال (والصوف على ظهر الغنم) لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولانه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف أطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار مالية اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تأثير له كما في الكرات وقوائم الخلاف والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما أجيز في الكرات وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال (والجذع في السقف وذراع من ثوب) لانه

لا يمكنه

(قوله ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر) قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه رضي لان ذلك لا يلزم فله أن يرجع عن ذلك فيبطل البيع الآن بقطعه اتفاقا فاسلم قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا من سقف أو آجرا من حائط أو ذراعا من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لاجل المضرة اه اتقاني (قوله ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا) أي و يجبر المشتري على الاخذ اه اتقاني (قوله و بخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحوه) قال في الفتاوى الولوالجية رجل باع النواة في التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر في نزعه اه اتقاني (قوله وان شقه الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والبزر وسلم لا يعود صحيحا لاحتمال في وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والبزر بفتح الباء والكسر فيه لغة بذر البقل وغيره اه (قوله في ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس) قال الاتقاني كالسراويل والقميص والعمامة أما اذا كان كرباسا لا تتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابي اه (قوله في المتن وضربة القانص) بالقاف والنون وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروي في تهذيب الازهري عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد في الماء أو غوص الرجل في البحر لاجل اللؤلؤ اه عيني وكتب على قوله وضربة القانص ما نصه قال الكمال وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل القبض فكان غررا ولجهالة ما يخرج اه (قوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة) أي وهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد اه ق (قوله ومجملا وهو النهي عن الغرر) أي لانه يحتمل أن يحصل شيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولانه بيع ما ليس يملكه الانسان لانه ما كان مالكا وقت العقد لما يحصل من الضربة وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وهذا الوجه مما سمح به خاطر الاتقاني كذا قال رحمه الله (قوله ولانه مجهول القدر) أي وجهالة المبيع تفسد البيع اه اتقاني وكتب على قوله مجهول القدر أي لانه لا يدري ما الذي يحصل من الضربة اه ق (قوله في المتن والمزابنة) قال في الفائق المزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر لانها تؤدي الى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع اه (قوله وهو بيع التمر على رأس النخل الخ) قال الاتقاني والاول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثاني بالتاء باثنتين كذا وقع سماعنا مرارا بفرغانة وبخارى وذلك لان ما على النخل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف فقلنا بالثلاث حتى يعمهما جميعا والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرا فقلنا بالاثنين ولو رويا بالثلاث فيهما جميعا أو بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزابنة لا يجوز كيفما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اه (قوله خرصا) ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء وقال في المصباح خرصت النخل خرصا من باب قتل حذرت ثمره والاسم الخرص بالكسر اه (قوله وقال الشافعي يجوز) أي وهو مذهب أحمد واسحق اه اتقاني (قوله الا لأصحاب العرايا) وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق اه هداية

لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية لما بيناه في أطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت و بخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في أغلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا سمي به فيقال هذا باقلي وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال (والمزابنة) وهو بيع التمر على رأس النخل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لحديث أنس أنه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا لأصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري وأحمد وأمثاله من النصوص

لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز أن يباع جزافا ولا اذا كان أحدهما متأخرا كما لو كان أكثر من خمسة أوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاضلا يقينا أو كانا موضوعين فى الارض ومعنى العرايا فيما روواه العطايا وتفسيره أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة وسمى ذلك بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض عما أعطاه أولا فكأنه اتفق فى الواقعة خمسة أوسق أو دونه فظن الراوى أن الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل أن الراوى ظن أنه بيع قال (والملامسة والقاء الحجر) وهذه من البيوع التى كانت فى الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه السلام عنها بما روينا وعن أبى سعيد أنه عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة فى البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه والمنابذة أن ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخارى ومسلم وأحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار فى المعنى كأنه قال للمشترى أى ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعتكه وفى المغرب بيع الملامسة والملماس أن يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك أو لمست ثوبى فقد وجب البيع وفى المنتقى عن أبى حنيفة هى أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك فقد وجب البيع أو يقول المشترى كذلك والمنابذة أن يقول اذا نبذته اليك أو يقول المشترى اذا نبذته الى فقد وجب البيع والقاء الحجر أن يقول المشترى أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع وفى سنن أبى داود الملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه قال (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال (والمراعى واجارتها) أى لا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها والمراد به الكلأ دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جائز اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلأ واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته فى أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار رواه أحمد وأبو داود وروى ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلأ رواه ابن ماجه ومعناه أن لهم الانتفاع بشرب الماء وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول فى أرضه واذا طلب أحد الماء يلزمه أحد أمرين اما أن يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان فى دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضى المملوكة فان منعهم من الدخول فى أرضه فهو على ما ذكرنا فى الماء من الحكم فاذا كان مباحا فلا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان فى أرضه لعدم الملك فيه ولانها استهلاك العين والاجارة لا تجوز فى استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة أولى وأجيزت فى الظئر والصبغ لكونها آلة للعمل تبعا وضمنا وكم من شئ يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه أن يستأجر الارض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الارض بان سقاها أو حدق حولها أو هيأها للانبات ملكه وجاز

(قوله واجبة بالنص) الذى بخط الشارح واجب بالنص (قوله فظن الراوى أن الرخصة مقصورة) الذى بخط الشارح مقتصرة اه (قوله فى المتن وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع أى وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد اذا كانت تفضى الى المنازعة وهذه تفضى اليها لان البائع لا يدرى ما يسلم والمشترى لا يدرى ما يتسلم فتقع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فانها لا تمنع من التسليم والتسلم ولو قال بعت أحد الثوبين على أن يأخذ المشترى أيهما شاء بعشرة فقبل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وقد مضى بيان المسئلة مستوفى فى أواخر خيار الشرط اه اتقانى (قوله وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز) أى لانه اذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة فى الثانى بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة واذا لم يشرط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت ألا ترى أنه ليس للمشترى اختيار أحد الثوبين الا وللبائع أن يعين الآخر فاذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت الجهالة فلم تؤثر اه أقطع (قوله وانما لا يجوز بيع الكلأ واجارته) أى لانه مباح يشترك فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الاحراز اه اتقانى (قوله لا تجوز فى استهلاك العين المملوكة) أى بان استأجر بقرة ليشرب لبنها اه هداية

بيعه

بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة ذكره فى النهاية ويدخل فى الكلأ جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلأ اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت فى أرضه لانه يملكها بالنبات فيها والكمأة كالكلأ ولنا لهم أن ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والايقاد من لهيبها بدون رضا صاحبها وليس لهم أن يأخذوا من الجمر شيئا الا برضا صاحبه قال (والنحل) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد والشافعى يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدورى فى شرحه وذكر الكرخى أنه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشئ انما يدخل فى العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال (ويباع دود القز وبيضه) أى يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند أبى حنيفة لا يجوز بيعهما وأبو يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه أيضا معه لابى حنيفة أن الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه فى المآل فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال (والآبق) أى لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل فى حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه ممن زعم أنه عنده جاز لان النهى ورد فى الآبق المطلق وهو أن يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق فى حق المشترى اذ هو فى يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان فى يده ان كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشترى ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن فى البيع

(قوله وقيل لا يملكه) قائله القدورى اه (قوله فلا تنقطع بدون الحيازة) أى وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والا كثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغى أن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن فى أرض مملوكة اه كمال (قوله وقال محمد والشافعى يجوز بيعه اذا كان محرزا) أى لانه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب المجمع يجوز بيع النحل تبعا للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا وقال الكرخى فى مختصره ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة فان كان فى كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز اه عينى (قوله حتى لو باعه مع الكوارة صح) الكوارات معسل النحل اذا سوى من طين وهى بضم الكاف والتشديد كذا رأيت فى أساس البلاغة بتصحيح المطرزى وروى بالتخفيف أيضا فى التهذيب وروى أيضا كوار وكوارة بالكسر والتخفيف فيهما اه اتقانى (قوله وذكر الكرخى أنه لا يجوز بيعه مع العسل) وقال الكرخى أيضا وأجمعوا أن بيع هوام الارض لا يجوز الحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لا يجوز بيع شئ فى البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وقال فى الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان لا يجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما وهو بينهما نصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وقال الولوالجى فى فتاواه امرأة أعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقر الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله حدثنه البقر وله على صاحب البقر ثمن العلف وأجر المثل وكذا اذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اه اتقانى (قوله وأبو يوسف معه فى الدود) أى الا اذا ظهر فيه القز فيجيزه تبعا للقز اه (قوله وقيل فيه أيضا معه) قال فى الهداية وقيل أبو يوسف مع أبى حنيفة كما فى دوده اه (قوله والفتوى على قول محمد لما ذكرنا) أى للتعامل اه (قوله فى المتن والآبق) قال الاتقانى وصورته فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى عبد لرجل أبق فجاء رجل الى مولاه فقال ان عبدك قد أخذته وهو عندى فى البيت فبعنيه فباعه منه قال البيع جائز وان قال أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه منى فصدقه الرجل بما قال فباعه المولى منه فبيعه باطل الى هنا لفظ أصل الجامع اه (قوله بخلاف العبد المرسل فى حاجته) قال فى الدراية وأما العبد المرسل فى حاجته فيجوز بيعه كذا فى المحيط اه (قوله فلا يتناوله النص المطلق) أى لان النص المطلق لا يتناول المقيد ولان النص معلول بعلة العجز عن التسليم فاذا كان عند المشترى زال المعنى الموجب للفساد اه اتقانى (قوله ان كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده) أى حتى اذا هلك فى يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لانه أمانة عند المشترى وقبض الامانة لكونه أدنى حالا لا ينوب عن قبض البيع اه اتقانى

(قوله ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما) أى لانه حينئذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان اه اتقانى (قوله اذ لا يقدر على تسليمه) أى لان البائع لا يقدر على أن يسلم ما ليس فى يده اه اتقانى (قوله لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا) قال الكمال رحمه الله ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا فى الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفى رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يجوز لقيام المالية والملك فى الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع (٥٠) المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى البيع وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشترى من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف فى انه باطل أو فاسد فانك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل اه وكتب ما نصه قال الولوالجى فى فتاواه ولو باع الآبق ثم سلمه فى المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلا اه اتقانى رحمه الله تشعر

(قوله فى المتن ولبن امرأة) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصر بن يحيى سمعت الحسن بن صبيح يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس بمال وذكر فى اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا فانه لا يجوز لان اللبن ليس له قيمة اه اتقانى (قوله حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أى شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه فى العين الرمدة وبعضهم أجازه اذا عرف دواء اه فتح (قوله لانه نجس العين) أى فلا يكون مالا وبيع ما ليس بمال لا يجوز وعلى ذلك انعقد الاجماع اه اتقانى

مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة لنا أنه كقبض الضمان بالزوم والملك فان المشترى لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان أضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابى يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على أن الاشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه فى اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه أبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير فى الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفى لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن أبى حنيفة أنه يعود صحيحا لان المالية فيه قائمة فكان محلا للبيع فينعقد غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا آب قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كما لو أبق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخى وجماعة من أصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتى أبو عبد الله الثلجى وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته فى وقت العتق أجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم فى حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقى له من اليد يكفى فى الهبة دون البيع قال (الا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) أى الآبق اذا باعه ممن يدعى أنه عنده جاز وقد ذكرناه قال (ولبن امرأة) يعنى لا يجوز بيعه ومراده اذا كان فى وعاء وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان أو من أمة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر كسائر المائعات الطاهرة وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولهما أنه جزء الآدمى بدليل أنه تثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمى فتمحض بحلول القوة التى هى ضده وهو الحى لان الضدين يتعاقبان فى موضع واحد ولا حياة فى اللبن وكونه مشروبا ضرورى لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضرورى لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولان لبن الآدمية فى حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقر ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل أيضا قال (وشعر الخنزير وينتفع به للخرز) أى لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه فى غير الآدمى ونجاسته

(قوله لان الضرورة تبيح لحمه) قال تعالى فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم (قوله فالشعر أولى) أى عند الضرورة لان الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا اه اتقانى (قوله لانه يوجد مباح الاصل) أى غالبا اه اتقانى (قوله ولا بأس للاساكفة أن يصلوا الخ) قال الكمال وما ذكره فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يخرج على القول بطهارته فى حقهم أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجمع فى ثيابهم هذا المقدار اه (قوله لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته) أى والصحيح قول أبى يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهى فى الخرز فيكون بالنسبة اليه فقط اه كمال رحمه الله (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها) محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها وعقبها وصوفها ووبرها وقرنها قال (٥١) لا بأس بالانتفاع بذلك كله وبيعه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقانى (قوله ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة) فان قيل نجاستها أى جلود الميتة ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهى متنجسة فكان ينبغى أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فالم يزايله (٢) فهى كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس فى تقرير المصنف ما يرد عليه أولا ليحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل النجاسة ولا ينبغى أن يعلل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهى عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين فلا انتفاع به لما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة لحل الانتفاع بها شرعا والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعا على خلاف قول مالك رحمه الله اه كمال (قوله لطهارتها) أى لطهارتها بالذكاة قدم الشارح فى الاسآر أن الصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة فراجعه اه (قوله لانه حق التعلى) وقد صرح الاتقانى والزيلعى على ما سيأتى بأن حق التعلى لا يجوز بيعه فى جميع الروايات اه (قوله بخلاف الشرب) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان الشرب حق الارض فينبغى أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اه وكتب ما نصه ثم جواز بيع الشرب مع الارض اتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع الارض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال فى الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز اه غاية قال الكمال أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففى صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد قوته اه

تشعر بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبى يوسف أنه يكره لان الخرز يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وفى غير تلك الحالة بقى على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته والله أعلم قال (وشعر الانسان) يعنى لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الآدمى مكرم فلا يجوز أن يكون جزؤه مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه أجاز الانتفاع بشعر الآدمى استدلالا بما روى أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضى الله عنه حين شرب دم النبى صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك نهاه أن يعود الى مثله فى المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها ورخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن قال (وجلد الميتة قبل الدبغ) يعنى لا يجوز بيعه لما روى أنه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه أبو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال (وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) يعنى بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى آخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا فى كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال (وعلو سقط) أى لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لانه حق التعلى لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وقبضه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب

حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما فى ثمن الارض وانما لم يجز بيعه فى رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتمل وجهين أحدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثانى بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما أن رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه وأما رقبة المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض مختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزأ شائعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثانى ففى بيع حق المرور روايتان فى رواية الزيادات لا يجوز وفى رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا أما التسييل فتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلى حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور فى الطريق حيث يجوز بيعه فى رواية ابن سماعة أن حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلى متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال (وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه) أى لو اشترى أو باع شخصا على أنه أمة فتبين أنه عبد أو على أنه عبد فتبين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف فى الحيوان وهو يوجب

(قوله ومقصودا) أى بيعه منفردا عن الارض اه (قوله فى رواية) أى فى غير ظاهر الرواية اه غاية (قوله وهو اختيار مشايخ بلخ) أى كأبى بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل اه كمال قال الاتقانى مشايخ بلخ كأبى بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبة المشترى لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك اه (قوله حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته) أى وكذا اذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن اه غاية وكتب ما نصه قال الكمال وأما ضمانه بالاتلاف فهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوى وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان أشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتفاق الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقى أو بمنع حق الشرب لا وجه للاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثانى لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما انه حظ من الماء وهو عين أو شئ يتعلق بالعين فأورد عليه انه لو كان عينا ينبغى أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه انما جوز (٥٢) للضرورة وهو عرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذى يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة فى بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس فى بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس اه (قوله لاختلافهما فى ثمن الارض) أى لان بعض الثمن يقابل الشرب اه (قوله وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة) أى لا لانه ليس بمال بخلاف بيعه مع الارض لانه سقط اعتبار الجهالة تبعا للارض قاله الاتقانى (قوله والثانى بيع حق المرور) أى الذى هو التطرق اه فتح الخبار (قوله فان كان المراد به الاول الخ) قال الكمال فان كان المراد الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أى مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال فى حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضا وهو المراد بالمسئلة هنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة أما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع الارض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اه (قوله فالفرق بينهما) أى حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اه اتقانى (قوله فى رواية الزيادات لا يجوز) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير هذه الرواية هى الصحيحة لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز اه غاية (قوله أما التسييل) أى فان كان على السطح فهو نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على رقبة الارض فلا يجوز أيضا للجهالة قدر ما يشغله الماء اه غاية (قوله فى المتن وأمة تبين انه عبد وكذا عكسه) قال الكمال اذا اشترى هذه الجارية بألف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وأمثالها تبتنى على الاصل الذى تقدم فى المهر أنه اذا اجتمع تسمية واشارة الى شئ كأن ذكر نامن هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية اه (قوله والانوثة وصف فى الحيوان) أى فلا يتبدل بهما معنى الذات اه غاية

الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا آخر غير المذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالذكر والانثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد أصلهما ثم فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا ولا يشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ما هو أبلغ فيه فكانت الاشارة أولى بالاعتبار فى متحدى الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفى الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا فى السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخى لانه باع المسمى وأشار الى غيره فصار كأنه باع شيأ بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه سماه ولم يشر الى شئ وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كأنه لم يسم شيأ لانه لا يصلح أن يثبت فى الذمة قال (وشراء ما باع بالاقل قبل النقد) ومعناه أنه لو باع شيأ وقبضه المشترى ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعى رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الاول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد ولنا ما روى عن أبى اسحق السبيعى عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضى الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين انى بعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وانى ابتعته منه بستمائة

(قوله فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار) أى كالزراعة والتجارة والحراثة اه فتح (قوله ومن غيره) أى من غير بنى آدم اه (قوله اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه) أى ويبطل العقد لانعدام المسمى اه (قوله لان الاشارة لتعريف الذات) أى الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها تلك الذات وغيرها اه كمال (قوله فكانت الاشارة) أى فاذا علم ذلك كانت الاشارة اه (قوله ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس الخ) قال الاتقانى فى الغاية قال بعضهم فى شرحه فى هذا الموضع اختلفوا فى هذا البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخى وقال كذا ذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان أقول هذا اختلاف عجيب ونقل عن الكرخى (٥٣) عجيب أما الاول فلان محمدا رحمه الله قال فى مسئلة الجامع الصغير فلا بيع بينهما فيكون تنصيصا على البطلان لان مثل هذا النفى يدل على الباطل لا الفاسد فكيف يصح بعد هذا قوله اختلفوا فى أنه باطل أو فاسد وأما الثانى فلان الكرخى صرح فى مختصره بأن اختلاف الصفة اذا أوجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف فى الجنس ثم فى اختلاف الجنس اذا باع فصا على انه ياقوت فكان زجاجا أو باع هذا الثوب على أنه خز فاذا هو مرعزى قال فالبيع باطل اه والعجب من هذا التعجب لان قوله فلا بيع بينهما يحتمل نفى الصحيح ويحتمل النفى مطلقا وقول الاتقانى ان هذا تنصيص على البطلان ممنوع وتعليله مصادرة فجعل البيع فاسدا له وجه على تقدير الاحتمال الآخر وان كان مرجوحا على وجه التسليم وأما تصريح الكرخى بأنه مثل مختلفى الجنس فهو مثله فى الاختلاف من حيث عدم الصحة لا فى أن كل واحد منهما باطل ويكون الوقوف على كلام الكرخى بأنه فاسد قرينة هذا الحمل توفيقا بين كلاميه ولا نظن بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد فى كلام الكرخى غايته عدم وقوف الاتقانى على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الاقصراى رحمه الله قوله قال بعضهم هو صاحب النهاية اه (قوله أبى اسحق السبيعى) اسمه عمرو بن عبد الله يروى عن زيد بن أرقم اه (قوله أم ولد زيد بن أرقم) قال الاتقانى زيد بن أرقم بن قيس بن نعمان بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الانصارى من مشاهير الصحابة وفى كنيته اختلاف قيل أبو عمرو وقيل أبو عامر وقيل أبو أنيسة وقيل أبو أنيس وتوفى بالكوفة سنة ثمان وستين وهذا الذى أخذ الراية يوم موتة حين استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكره ابن شاهين فى كتاب المعجم اه (قوله ما بعته) أى بعته وكذا هو فى الهداية اه

نقدا فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا أن يتوب رواه الدارقطنى فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأى فدل على أنها قالته سماعا ولا يقال قد روى أنها قالت انى بعته الى العطاء فلعلها أنكرت عليها لذلك لانا نقول كانت عائشة رضى الله عنها ترى البيع الى العطاء ولان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التى خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الربح فيه حصل للمشترى بعد ما دخل المبيع فى ضمانه ولو اشترى من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله أن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل فى البيع اذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشترى العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما شراؤه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بائع لنفسه فى حق الحقوق فكان هنا شراء البائع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات وأما لغيره فلان شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبى يوسف أنه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقم مقام البائع فى هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبى فى ذلك وأما وارث المشترى فقائم مقام المشترى فى هذا البيع لان ولاية البيع له من أحكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشترى مقامه فى بيع هذه العين بحكم الارث صار

(قوله فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت) ما معنى ذم البيع الاول وهو جائز اجماعا انما ذمته لكونه سببا للبيع المحظور وكالسفر لقطع الطريق محظور وان كان السفر فى نفسه مباحا اه اتقانى باختصار (قوله ولان الثمن لم يدخل الخ) قال الاتقانى ولانه يلزم منه ربح ما لم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم والثمن لم يدخل فى ضمانه لعدم القبض فاذا اشترى بالاقل لزم ربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فان قلت يحتمل أن عائشة رضى الله عنها انما أغلظت القول هكذا لان البيع كان الى العطاء وهو أجل مجهول لا لان فيه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عائشة جواز البيع الى أجل مجهول وهو مذهب على وابن أبى ليلى وجماعة كذا قال القاضى أبو زيد فى الاسرار اه (قوله لا يحل سلف) صورة النهى عن بيع وسلف أن يكون البيع بشرط منفعة القرض أو الهبة والصدقة وما أشبه ذلك وصورة الشرطين فى بيع أن يبيع عبده بألف درهم الى سنة أو بألف وخمسمائة الى سنتين ولم يبينا العقد على أحدهما كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله ولو اشتراه من لا تجوز شهادته) قال الكمال ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد) قال الكرخى فى مختصره ولا يجوز أن يشترى ذلك وكيل البائع ولا مضاربه ولا شريكه فى تلك التجارة ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذون له فى التجارة فى قولهم جميعا فان اشتراه والد البائع أو ولده أو ولد ولده علا أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشترى ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذى باعوه فان وكل البائع من يشتريه بيع بأقل من الثمن الاول فاشتراه فالشراء جائز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الآمر وقال محمد للآمر بشراء فاسد الى هنا لفظ الكرخى وجه قول محمد انه أمر بعقد لو باشره بنفسه يكون فاسدا ووجه قول أبى يوسف العقد له زيادة فساد بدليل ابطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولابى حنيفة أن الموكل فى المعنى مشتر من الوكيل قاصدا كما اذا اشترى من غيره اه اتقانى رحمه الله (قوله وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ) قال فى شرح الطحاوى اذا مات المشترى فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ألا ترى أنه لو وجد به عيبا كان له أن يخاصم البائع فى الرد ولو علم المشترى ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشترى جاز الشراء اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع فى حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشترى والفرق بينهما أن وارث المشترى قائم مقام المشترى فى عين المبيع لانهم ورثوه منه وأما وارث البائع يقوم مقام البائع فى الثمن والثمن الذى يثبت فى ذمته لم يكتب المحشى

بيع الوارث وبيع المورث سواء وكما لا يجوز بيع المشترى لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشترى من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هو لها صدقة ولنا هدية وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه اذا تعيب فى يد المشترى فباعه من البائع بأقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشترى فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر فى حق الاحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثانى أقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجرى ربا الفضل بينهما ولنا أنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثانى لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل النقد فسد فى نصفه لانه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح فى نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى أحدهما كله بخمسمائة فسد فى نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد فى نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح فى الربع الآخر فيدفع غنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشتريا معا فى هذه الصور صح شراء كل واحد منهما فى غنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه فى الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا انما صح شراء كل واحد منهما فى نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما فى ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا انما نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح فى نصفه الذى لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد فى النصف الذى باعه هو وصح فى النصف الآخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلانه باع وأما الموكل فلانه بيع له قال (وصح فيما ضم اليه) أى صح البيع فيما ضم الى المشترى بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها وأخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع فى التى لم يشترها من البائع ويفسد فى الاخرى لانه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى

(قوله ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز) أى ولو عاد الى ملك المشترى الاول بملك مستأنف جاز للبائع شراؤه منه بأقل مما كان باعه أولا اه مبتغى وكتب ما نصه قال الاتقانى ويجوز أن اشتراه من غيره الا من وارثه لان تبدل العاقد تبدل العين حكما فأما وارثه فبمنزلته فانه خلفه فصار شبهة والشبهة فى باب الحرمات ملحقة بالحقيقة اه (قوله جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشترى) أى فلا يتحقق الربح اه اتقانى وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه اه فتح (قوله لان تغير السعر غير معتبر) أى لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس منه فوات جزء من العين اه كمال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال رحمه الله وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن فى التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر اجماع اه (قوله حتى لا يجرى ربا الفضل بينهما) قال الاتقانى وجه الاستحسان انهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فتثبت شبهة الربح اه (قوله فى المتن وصح فيما ضم اليه) وهذه فرع المسألة السابقة وهى ان شراء ما باع من المشترى بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اه كمال (قوله الى المشترى) بفتح الراء اه فتح (قوله جاز البيع فى التى لم يشترها) أى بحصتها اه اتقانى (قوله فيكون مشتريا للآخر بأقل مما باع وهو فاسد) أى ولا اشكال هنا على قولهما وانما الاشكال على قول أبى حنيفة لان مذهبه أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا وحله أن يقال ان الفساد فيما بعت أولا ضعيف لانه اختلف العلماء فى فسادها فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبتها كما اذا اشترى عبدين أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع فى القن بحصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع فى المضمومة بحصتها من الثمن اه اتقانى

(قوله أو لانه باعتبار شبهة الربا) أى سلامة الفضل للبائع الاول من غير عوض ولا ضمان يقابلها احتياط الامر الربا فلم يسر الى المضمومة لقصور سبب الفساد اه اتقانى (قوله ولانه) أى ليس بمقارن لانه ليس فى صلب العقد بل هو الخ اه غاية (قوله طارئ) أى لانهما لم يذكرا فى البيع ما يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الربا وهى أمر خفى ظهر ذلك بعد العقد اما بانقسام الثمن على قيمتهما أو بالمقاصة أعنى مقاصة الثمن فى البيع الثانى بمقدار ذلك من الثمن فى البيع الاول فيبقى من الثمن الاول فضل من غير أن يقابله عوض فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الاول فيكون مشتريا ما باع بأقل منه والفساد الطارئ لا يسرى كمن باع عبدين صفقة واحدة و بين ثمن كل واحد منهما ثم ألحقا الاجل الى وقت الحصاد فى ثمن أحدهما فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا فيما نحن فيه اه اتقانى (قوله فى المتن وزيت) قال الاتقانى هذه من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد فان قال على أن يطرح عنى وزن الظرف فهو جائز وذلك أن المبيع فى الصورة الاولى مجهول وجهالته تفسد البيع لان وزن الظرف يحتمل أن يكون أقل من خمسين أو أكثر فان كان أقل منه يخرج بعض الزيت من أن يكون مبيعا وذلك مجهول وان كان أكثر منه يلزم الجهالة أيضا لان القدر الزائد على الخمسين من الظرف ليس بمبيع فان كان كذلك كان طرح الخمسين بوزن كل ظرف شرطا لا يقتضيه العقد فأفسده بخلاف الصورة الثانية حيث جاز العقد لان طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد لان الظرف ليس بمبيع فيخرج بوزنه والشرط لا يزيد الا تأكيدا لحكم العقد ووضع المسئلة فيما اذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا اه (قوله و يطرح عنه) أى يطرح البائع عن المشترى اه اتقانى (قوله يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل) أى فيكون المبيع مجهولا وجهالته تفسد البيع اه (قوله فى المتن وان اختلفا فى الزق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشترى ثم جاء فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه أرطال لم يكتب المحشى وكتب ما نصه ومسئلة الاختلاف فى الزق ذكرها الشارح فى الدعوى فراجع الحاشية التى فى خيار الرؤية عند قوله وللمشترى لو فى الرؤية فانها تليق بهذا المحل وهى نقلا عن الكمال اه (قوله فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال) أى فالقول للمشترى مع يمينه اه (قوله وقالا لا يجوز) أى وبه قال مالك والشافعى وأحمد اه (قوله ولابى حنيفة ان الوكيل أصل الخ) ولابى حنيفة أن الشراء والبيع وجدا من النصرانى وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما فى الباب أن حكم التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكما لتصرف الوكيل لا قصدا لان التوكيل بالشراء والبيع الخ لم يكتب المحشى

القاضى بجوازه صح أو لانه باعتبار شبهة الربا ولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال (وزيت على أن يزنه بظرفه و يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف) أى لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يزنه بظرفه و يطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا و يجوز ان شرط أن يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل الا اذا عرف أن وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال (وان اختلفا فى الزق فالقول للمشترى) لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا فى زق فرد المشترى الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لانه ان اعتبر اختلافا فى الزق فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى مقدار الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف فى الثمن لان الاختلاف فى الثمن يثبت تبعا الاختلافهما فى الظرف والاختلاف فى الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه أصلا فكذا فيما يثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف فى موجب العقد قصدا ضرورة أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذى يدعيه صاحبه والاختلاف فى الزق ليس فى معناه فلا يلحق به قال (ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل فى هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كأنه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجرى حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشترى ألا ترى أنه يحبس المبيع بالثمن و يرد الموكل عليه بالعيب و يجرى التحالف بينهما عند التجاحد ولابى حنيفة رحمه الله أن الوكيل أصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف ألا ترى أنه علك الخمر والخنزير

(قوله ثم يتصدق بثمن الخمران باعها الوكيل له الخ) قال الكمال وقد روى عن أبى حنيفة ان هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهى ليس الا كراهة التحريم فاى فائدة فى الصحة اه (قوله منها أن رجلا لو وكل عن غيره بشراء عبد الخ) وفى الخبازية المريض مرض الموت لو باعه عما يتغابن فى مثله وعليه دين مستغرقه لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعد موته وكذا لا تبيع الام عروض الولد و وصيها بيع العروض التى هى من ميراثها اه دراية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد الآبق و يجوز التوكيل ببيعه اه سراج وهاج وقوله و يجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل الا بشرط اه (قوله كاشتراط التدبير والاستيلاد الخ) قال الاتقانى رحمه الله قال فى شرح الطحاوى اذا كان فى الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه فان هذا الشرط فيه منفعة العبد لان تداول الايدى يشق على العبد والجارية وكذلك ان اشترط التدبير والاستيلاد أو شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشترى لو أعتقه لزمه الثمن فى قول أبى حنيفة وعند صاحبيه تجب عليه القيمة وأجمعوا انه لو هلك فى يده قبل الاعتاق لزمه القيمة وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز و وجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبى حنيفة أن العقد فى الابتداء ينعقد على الفساد ثم ينقلب الى الجواز بالعتق وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى وقال فى التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وان أعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جائزا استحسانا فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ينقلب العقد جائزا اذا أعتقه حتى تجب عليه قيمة العبد وروى عن أبى حنيفة مثل قولهما كذا فى التحفة اه (قوله ولو أعتقه المشترى جاز البيع) يعنى لو باع عبدا بشرط أن يعتقه المشترى لا يجوز فلو أعتقه المشترى ينقلب البيع جائزا عند أبى حنيفة اه

بالارث بان كان الذمى فاسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير و يخلل الخمر يرثه و رثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسى أن يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل و بخلاف ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذى حرم بيعها حرم شراءها وأكل ثمنها وفى التوكيل بشراء الخمر علكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها أو تخمر عصيره وعليه ثمنه بدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل فى هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسائل منها ان رجلا لو وكل عن غيره بشراء عبد بعينه لا علك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمى وخلف خمرا بأمر القاضى ذميا ببيعها وان لم علك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا الذمى والميت خمر بأمر الوصى المسلم ذميا ببيعها وان لم علكه هو وأما نكاح المجوسية فلان المسلم لا علكها ابتداء ولا بقاء فلا عكن اثباته له حكما التصرف فيه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم أهل لملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال (وأمة على أن يعتق المشترى أو يدبر أو يكاتب أو يستولد) أى لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشترى شيأ من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما رويناه فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكد ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين أو شرطا فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشترى والمبيع الآدمى والاجنبى لا يفسد البيع لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضى الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب فى المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعى يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا أنه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضى الاطلاق وأى تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة أن يبيعه ممن يعرف أنه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة أو نذر وقيل تفسيره أن يعده المشترى قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط فى العقد ولو أعتقه المشترى جاز البيع عند أبى حنيفة رحمه الله و يجب عليه الثمن وقالا لا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فحقيقته تقرر الفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا

(قوله فى المتن أو الاحملها) قال الاتقانى والاصل هنا ما قال فى شرح الطحاوى انه اذا استثنى من المعقود عليه ما يجوز افراد العقد عليه جاز البيع فى المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز عليه العقد مفردا بطل البيع فى المستثنى منه بيانه أنه اذا قال بعت منك هذه الصبرة الاقفيزا منها بدرهم فالبيع جائز فى جميع الصبرة الاقفيزا فانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز ومثله لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الاشاة منها بغير عينها بمائة درهم فالبيع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراده بالعقد لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجز ولو قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بمائة فالبيع جائز لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد وكذلك الحكم فى جميع العددى المتقارب والعددى غير المتقارب ولما لو باع حيوانا واستثنى ما فى بطنها لا يجوز البيع لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه لان بيع ما فى البطن لا يجوز كذا فى شرح الطحاوى وانما لم يجز افراد العقد على ما فى البطن لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الحبل وقدم اه (قوله لانه بمنزلة الاطراف) أى لانه متصل بالام بجملة ألا ترى أنه يتغذى بغذائها وينقلب بانقلابها كسائر الاطراف فكان تبعا فى الدخول تحت العقد كالاطراف اه اتقانى (قوله والاستثناء كالبيع والاجارة) أى

أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بيناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملاءمة وهو الانتهاء فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا أتلفه بوجه آخر ولو باع جارية بشرط أن يطأها المشترى أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة لان العقد لا يقتضيهما الا أن قضيته اطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال أبو يوسف صح فى الاول لان العقد يقتضيه وفسد فى الثانى لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثانى ان لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه الى أحد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدى الى النزاع فلا يفسد قال (أو الاحملها) أى لا يجوز بيع أمة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فكان شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب فى وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد فى الكتابة ما يتمكن فى صلب العقد من الشروط أى ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فى الحالين وفى وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام فى هذه العقود ويصير هو حيث صارت هى وفى وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لان الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفى العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح قال (أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشترى درهما أو يهدى له أو يسلمه الى كذا

كن آجر داره على جارية الاحملها اه (قوله والكتابة) أى كاتب عبده على جارية الاحملها اه (قوله والرهن) أى رهن جاريته الاحملها اه (قوله ما تمكن فى صلب العقد) صلب العقد ما كان راجعا الى البدل والمبدل لان صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بالعوضين اه (قوله فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء) أى لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة اه هدايه (قوله حتى لو أوصى بجارية لانسان الاحملها صح) أى وكان الحمل ميراثا والجارية وصية للموصى له اه (قوله بخلاف الخدمة) يعنى اذا قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الا خدمتها لا يصح استثناء الخدمة بل يبطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعا للموصى له فان قلت يصح او افراد الخدمة بالعقد بان أوصى بخدمة هذه الجارية تصح الوصية فيصح استثناؤها أيضا وأجيب بان هذا عكس القاعدة لا طردها فلا يلزمنا ولئن سلم فالوصية غير عقد اه ألا ترى أن القبول يصح من الموصى له بعد موت الموصى فلو كانت عقدا لم يصح لان العقد لا يصح الا بين اثنين وكذلك يدخل الموصى به فى ملك ورثة الموصى له بلا قبول اذا مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول اه غايه وكتب ما نصه قال فى الهداية بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجرى فيها لانها منفعة وانما يصح الارث فى الاعيان اه (قوله أو يقرض المشترى درهما) قال الولوالجى فى فتاواه ولو قال بعتك هذه الدار بالف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم العشرة الاجنبى لانه لو لزمه انما تلزمه اما بطريق الضمان على المشترى أو بطريق الزيادة فى الثمن لا وجه الى الاول لان هذه العشرة ليست فى ذمة المشترى فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثانى لانه لم يقل على أنى ضامن فاذا لم تلزم الاجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط فى البيع على المشترى وهنا قد سلم له ما شرط فى

البيع على المشترى اه غاية (قوله أو ثوبا على أن يقطعه) قال الكمال قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين فى صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين فى صفقة الا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شئ من الثمن فهو شرط اجارة فى بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة فى بيع اه وكتب ما نصه وقال فى الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر بع عبدك من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص اه غاية (قوله ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط) أى وهو استخدام البائع المبيع وسكناه فيها اه (قوله ولان الاجل يختص بالديون) هذا تعليل لقوله أو يسلمه الى كذا يعنى لو باع عينا على أن لا يسلمها اياه الى رأس الشهر فالبيع فاسد اه قال الاتقانى واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح اه (قوله حتى يتمكن من التحصيل) أى بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة فى الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضرارا

أو ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا) لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقة فى صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل بدون الاعيان اذ هى حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا له قال (وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه وعمله يترك القياس ولهذا أجزنا الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال (لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك) يعنى لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضى الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة قال (والى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس) أى لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتأخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء أفعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو لهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام فى قطع الثمار وبالمهملة خاص فى النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع ومثله القطاف وقرئ بهما فى قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس أن يوطأ الطعام بالدواب قال (ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لان هذه جهالة يسيرة وهى متحملة فى الكفالة لكونها تبرعا فيجرى التسامح فيها بخلاف البيع فانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة أمكن دفعها باقصائها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا

بالبائع من غير نفع للمشترى اه كمال (قوله فى المتن وصح بيع نعل الخ) قد مشى القدورى على أن البيع فاسد قال صاحب الهداية ما ذكره يعنى القدورى جواب القياس اه وكتب ما نصه قال الكمال المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله اليه ويمكن أن يراد حقيقته أى نعل رجل واحدة على أن يحذوها أى يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه جعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يريد حقيقة النعل اه (قوله ولهذا أجزنا الاستصناع) أى مع انه بيع المعدوم اه فتح (قوله فى المتن لا البيع الى النيروز والمهرجان) قال الكمال هو يوم فى طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتهيبون به والمهرجان يوم فى طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس اه (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة) أى عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرف ذلك جاز لارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما اه غاية (قوله وهى معلومة) أى وهو خمسة وخمسون يوما اه فتح (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال) أى لجهالة الاجل وعلى هذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل قاله الكمال ثم قال واعلم أن كون التأجيل فى الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو فى الثمن الدين أما لو كان الثمن عينا فيفسد البيع بالاجل للمعنى الذى ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع اه والدياس وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها اه كمال (قوله المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن اه فتح (قوله بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح) قال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع

من غير أن يقابله شئ وفى النذر تتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهى معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة فى المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين فى الحالين ألا ترى أن الجهالة فى الكفالة تتحمل فى أصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلا فكذا فى وصفه قال (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أى لو باع الى هذه الآجال ثم أسقط المشترى الآجال قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة أيام ثم أسقط الاجل ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته أو نقول انعقد موقوفا فبالاسقاط تبين أنه كان جائزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار أنه يفضى الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه فى صلب العقد لانه فى أحد العوضين وبخلاف الاجل فى النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر وقوله ولو أسقط الاجل قبل حلوله أى لو أسقطه من له الحق فيه وهو المشترى لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضى وقول القدورى فى مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج الشرط لان رضا من له الحق يكفى ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة فى تأجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت فى العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح فى القن وعبده والملك) أما الاول فالمذكور على اطلاقه قول أبى حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز فى العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان فى العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد فى الحر والميتة شرطا لجواز العقد فى العبد والذكية فيبطل وأما الثانى فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية فى المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد فى المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابى حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينتقض فى حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفى الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل فى البيع أصلا فلو جاز البيع فيما انضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل فى البيع أن القاضى لو قضى

بجواز

على الساهل ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بان قال ما ذاب لك على فلان فعلى فجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هبوب الريح أو الى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا اه غاية (قوله لانه فى أحد العوضين) وروى علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف فى أول كتاب البيوع أن بيع الدرهم بالدرهمين والقفيز بالقفيزين فاسد مفيد للملك عند اتصال القبض به كالبيع بثمن مجهول والبيع الى أجل مجهول اه غاية (قوله ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز) قال الكمال بخلاف ما اذا باع مطلقا أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه فى صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد اه (قوله فى المتن ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة الخ) قال صاحب الهداية ومتروك التسمية عامدا كالميتة اه فان قلت متروك التسمية عامدا مجتهد فيه لانه يحل عند الشافعى فكان ينبغى أن يكون حكمه كالمدبر قلت ذلك منهم لم يعتبر اجتهادا لكونه مخالفا للنص كتاب الله وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فكان متروك التسمية كالميتة اه اتقانى (قوله وله ان الصفقة متحدة) أى بدليل انه لا يملك القبض فى أحدهما دون الآخر اه غاية (قوله وأما الثانى الخ) يريد بالثانى ما اذا جمع بين عبد ومدبر لا ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره فانه لا خلاف لزفر فيه فكان على الشارح أن يفصل لكنه أخذ عبارة الهداية وفيها ما فيها اه (قوله والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل فى البيع) اعلم أن بيع المدبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه فى أول هذا الباب أما اذا قضى

بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الاصح وفى عبد الغير باجازة مولاه ولولا أنهم مال ولم يدخلوا فى العقد لما نفذ كما فى الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم فى المدبر وأم الولد والمكاتب وفى عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل فى حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان فى رواية يفسد فى الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محررا عن الملك والتمليك فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله والاصح أنه يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال فى المحيط قيل يصح فى الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم ألا ترى أنه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء للمساجد فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد والله أعلم

﴿فصل﴾ (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته) معناه انه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفى العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد من اذن صريح بعد الافتراق وقبله فى المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده أن يملك المشترى ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما فى الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوها والبيع مع نفى الثمن فى رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا

القاضى بجواز بيع المدبر نفذ قضاؤه لان قضاء القاضى ينفذ اذا لم يكن ثمة نص أو اجماع بخلافه أما اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسئلة كانت مختلفا فيها فى الصدر الاول وكان عمر رضى الله عنه لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف وذلك بناء على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا الاجماع ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيها الصدر الاول لان الخلف بعدهم أجمعوا على انه لا يجوز ولو بقى قول الماضى معتبرا كانه حى لنفذ قضاء القاضى بما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ التقويم وقال فى فصول الاستروشنى وفى القضاء بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضى نفذ وان أبطل بطل وهذا أوجه الاقاويل الى هنا لفظ الفصول اه اتقانى (قوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم) أى عن أبى حنيفة وأصحابه اه ﴿فصل﴾ لما ذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقبه لان حكم الشئ أثره وأثر الشئ يتبعه وجودا فكذا تبعه ذكرا طلبا للمناسبة اه غاية (قوله وكل من عوضيه مال ملك المبيع الخ) ومعناه لو لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع فى يده أما مع قيامه فى يده فالواجب رده بعينه اه كمال (قوله لانه قبله لا يفيد الملك) أى بالاتفاق اه غاية (قوله والمراد به اذنه) ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشترى باذن البائع صريحا بان يأمره بالقبض سواء قبضه بحضرته أو غيبته والثانى كما اذا قبض المشترى عقيب البيع ولم يوجد النهى من البائع فيملكه أيضا كما اذا وجد الاذن صريحا استحسانا اه اتقانى (قوله والبيع مع نفى الثمن) فى رواية قال الولوالجى فى فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان فى رواية ينعقد وفى رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه رحمه الله وقال فى الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك اذا اتصل به القبض لان مقتضى البيع يقتضى المعاوضة بالقيمة فاذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته فيصير كانه قال بعت بالقيمة وهكذا جميع البياعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما نفى الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعا وقال فى التتمة لو قال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة

ولو قال بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا اه اتقانى (قوله ملك المبيع بقيمته الخ) ولو زادت قيمته فى يده فاتلفه لانه انما دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اه كمال (قوله وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله الخ) قال الكمال ومنها أى ذوات الامثال العدديات المتقاربة ثم قال والقول فى القيمة والمثل قول المشترى لانه الضامن فالقول له فى القدر والبينة فيه بينة البائع اه (قوله كما فى الغصب) أى وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرر البيع الفاسد اه اتقانى (قوله لا يحل له وطؤها) عزاه الاتقانى الى شرح الطحاوى ثم قال وذكر شمس الائمة الحلوانى يكره الوطء ولا يحرم كذا فى الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره فى شرح الطحاوى من عدم الحل اه (قوله ولو ملكه حل) قال الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشترى يملك عين المبيع فى قول علمائنا اه اتقانى (قوله وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا) أى وقبضها اه اتقانى (قوله وكذا لو اشترى جاريه) أى فقبضها اه اتقانى (قوله وانما لم تحل له التصرفات من الوطء والاكل) قال الاتقانى نقلا عن الفقيه أبى الليث وانما لم يجز للمشترى أن يطأها لانه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على المعصية فاشتغاله بالوطء اعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطؤها لا لعدم الملك وانما لم تجب فيها الشفعة لان حق البائع لم ينقطع عنها اه (قوله والنهى يقتضى التحريم والملك نعمة الخ) قال الكمال رحمه الله قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وانه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة دفعا للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا فى كل سبب شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى اذا بوشر معه يثبت حكمه ويقضى به اه (قوله ولان النهى نسخ المشروعية) يعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى كما أريناك من الشرع وان أردت الثانى فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهى حينئذ لان فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع للنهى فانه للتحريم أو لكراهة التحريم اذا كان ظنى الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بان عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء فى حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته اه وكتب ما نصه والمراد أن النهى يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أى كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما فى

وقوله ملك المبيع بقيمته يعنى قيمته يوم القبض لانه به دخل فى ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أتلفه لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما فى الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيه التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله وانما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال أيضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشترى لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا لو ربح المشترى فيه لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له أكل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح أن الاب أو الوصى لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشترى نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصى لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشترى بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم تحل له التصرفات من الوطء والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفى قضاء القاضى بالشفعة تأكيد الفساد وتقرير له وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه اذ المشترى يتصرف فى المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعى رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهى يقتضى التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا بد من الملاءمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهى نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهى يقتضى قبحه والمشروعية تقتضى حسنه وبينهما تناف فكان باطلا ألا ترى أنه لا يفيده قبل القبض وبه تزداد

الحرمة

البيع الصحيح اه كمال (قوله فصار كالميتة) أى البيع بالخمر والخنزير كالبيع بالميتة أو الدم أو بيع الخمر بالدراهم اه اتقانى (قوله ولنا ان ركن البيع صدر من أهله الخ) ولنا أن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لمواليها وقبضتها فاعتقتها فأجازها النبى صلى الله عليه وسلم وأمضى البيع فلو لم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها ولان البيع بالخمر والخنزير منعقد لوجود الركن من الاهل مضافا الى المحل أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال وأما الاهل فلان العاقد حر عاقل بالغ وأما المحل فلان المبيع والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس الى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقدا واشترط القبض لاثبات الملك لان السبب وجد ضعيفا فصار كالهبة وانما النهى ورد لا لمعنى فى عين المبيع بل لمعنى فى غيره مجاور ولم يكتب المحشى (قوله وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما اذا كان فى العقد عوضان هما مالان اه كمال (قوله والنهى عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا) قال الكمال رحمه الله فاما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهى يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون أن النهى عن الامر الشرعى يقرر مشروعيته لان النهى عن الشىء يقتضى تصور المنهى عنه والا لم يكن النهى فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضى تصور المنهى عنه يعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهى لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصورا شرعيا أى مأذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذى هو مثير النهى قلنا سلمناه ولكن الثابت فى صورة النهى هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله يعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة فى هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع باصله أعنى ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيأ وحينئذ فقوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذى ليس فيه الوصف الذى هو متعلق النهى أو ما فيه ان قلت الذى ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذى ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهى فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع أن السبب اذا كان مع النهى لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما قولهم انما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء فى ثبوت الملك عند عدم كون النهى لعين المنهى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهى للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر الا أنى أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا مالا فى شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومن تصرها مع أنها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهى مال فى شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرا أو خنزيرا فى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك فى البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان فى بيعهم فصحيح والله أعلم اه (قوله وظهر أثر القوة) أى أثر قوة الاتصال اه (قوله لا يفيد الملك الا بالقبض) صفة النكرة قبله وهو فاسد اه

الحرمة والفساد فانى يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهى عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهى عن الافعال الحسية لان النهى يقتضى التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان من شروطه التصور فتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهى اذ حقيقة النهى تصرف فى المكلف بالمنع مع قيام المنهى عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهى والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف فى المحل بازالته من غير تعرض للمكلف فكانا فى طرفى نقيض فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر وتحقيق هذا أن النهى عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهى لمعنى فى غيره كالبيع عند أذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهى عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى فى نفسه فلا يقاس عليه ما ليس فى معناه لانا نقول النهى فيهما لمعنى فى غيره لكن ذلك الغير فى المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهى فيهما لمعنى فى غيره ألا ترى أنه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر أن الوصف أقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة فى انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو أوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدى الى تقرير الفساد من

(قوله لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض) أى فيكون الفسخ قبل القبض امتناعا من الحكم اه اتقانى (قوله بأن كان راجعا الى أحد البدلين) انما قال ذلك لان أصل الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع هو بالعوضين اه (قوله فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ) أى بحضرة صاحبه عندهما وعند أبى يوسف ينفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر اه اتقانى (قوله وان كان الفساد) أى غير قوى بان كان ذلك الخ اه اتقانى (قوله فى المتن الا أن يبيع المشترى أو يهب الخ) قال القدورى فى مختصره فان باع المقبوض باذن البائع المشترى شراء فاسدا نفذ وليس للبائع الاول الاسترداد قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره فان أخرجه ببيع أو تمليك منه اياه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه وجملة القول فيه ما قاله فى شرح الطحاوى بقوله ولو تصرف فيه المشترى ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشترى من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البائع وليس للبائع ابطاله وعلى المشترى القيمة أو المثل ان كان مثليا ويطيب ذلك الملك الثانى لانه ملك بعقد صحيح بخلاف المشترى الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما اذا دخل دار الحرب (٦٤) بأمان فأخذ مال حربى بغير طيب نفسه فأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيب له ويفتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيب أيضا للمشترى كما لا يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد أو لو كان المبيع عبدا فأعتقه المشترى أو دبره صح عتقه وتدبيره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة وليس للبائع ابطاله ولكنه اذا أدى الكتابة عتق وتقرر على المشترى ضمان القيمة فان عجز ورد رقيقا ينظر ان كان العجز قبل أن يقضى بالقيمة على المشترى رد العبد على البائع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد وكذلك لو كان المشترى رهن المبيع صح الرهن وليس للبائع ابطاله وان فكه المشترى قبل أن يقضى عليه بالقيمة فانه يرد على البائع وان فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع وان أجره المشترى صحت الاجارة غير أنه للبائع أن يبطل الاجارة ويسترد المبيع لان الاجارة مما تفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا فى فسخ الاجارة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى و ينبغى لك أن تعلم أن تصرف المشترى وان كان نافذا يكره وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد اه (قوله والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع) قال فى الصغرى ولو زوجها من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لانه زوجها وهى مملوكة له ثم قال فيه ولو أوصى بالعبد المبيع بيعا فاسدا فانه يفسخ لان الوصية مما يحتمل الرجوع ولو مات الموصى قبل الفسخ يسقط الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار كالبيع ولو مات المشترى شراء فاسدا فورثته البائع فللبائع حق الفسخ وكذا للورثة لان الوارث يقوم مقام المورث فى حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له اه غاية

حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافى اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال فى حق أحد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا وهى لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجبت قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح ثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا فى الشرع أن تكون القيمة مبيعا فى صورة من البياعات قال رحمه الله (ولكل منهما فسخه) يعنى على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها أو يمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا الى أحد البدلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان فى حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لابطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف أو الكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أبى يوسف لا يشترط علمه قال (الا أن يبيع المشترى أو يهب أو يحرر أو يبنى) أى اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته

وغناه

(قوله ولان تصرف المشترى قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض) فان قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشترى أيضا ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه اعداما للفساد فانتقضت العلة قلنا قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اه غاية (قوله لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين) أى وعليه الاستبراء لان بالرجوع والقبض استحدث ملك الوطء اه آخر بيوع فتاوى الولوالجى اه (قوله وبالرد بالعيب) أى قبل القبض أو بعده بقضاء لان (٦٥) به يعود قديم الملك لا بغيره اه (قوله أو يبنى) لفظ محمد فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل باع رجلا دارا بيعا فاسدا فقبضها المشترى فبنى فيها قال ليس للبائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك فى هذه المسألة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينقض البناء وترد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد قال الكرخى فى مختصره ان كان المبيع أرضا فبنى فيها المشترى فهذا استهلاك عند أبى حنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد للبائع نقض البيع اه (قوله أقوى من حق الشفيع) أى فى الشراء الصحيح اه اتقانى (قوله وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة) قالوا فى شروح الجامع الصغير وأما شك يعقوب فى الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشايخنا الاختلاف فيه ولكن ذكر الخلاف فى كتاب الشفعة وغيره من غير شك وقال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله وهذه هى المسألة السادسة التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبى حنيفة أنه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لى أنه يأخذ قيمتها اه غاية (قوله فيصير محبوسا به كالرهن) أى لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى العصمة اه أكمل (قوله وان مات البائع فالمشترى أحق به) أى الذى الجارية فى يده اه غاية (قوله لانه يقدم عليه حال حياته) أى ولو مات المشترى فالبائع أحق بمالية المبيع من غرماء المشترى فان فضل شئ يصرف الى الغرماء اه خلاصة (قوله وعلى هذا أرباب الديون والورثة) أى يقدم المشترى عليه اه

وغناه الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشترى لانه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثانى مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثانى أولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى ولان تصرف المشترى قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشترى لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو رجع فى الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشترى بما يكون فسخا قبل قضاء القاضى بالقيمة على المشترى وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضى فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف فى موضعه وقوله أو يبنى أى ينقطع حق الاسترداد ببناء المشترى فى العقار المشترى شراء فاسدا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما أن حق البائع فى الاسترداد أقوى من حق الشفيع فى الاخذ حتى يحتاج فى الاخذ بالشفعة الى القضاء وتبطل بالتأخير ولا تورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه فى الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشترى وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشترى شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشترى فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع فى الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا أخذه الشفيع يأخذه بالقيمة كما اذا باعه المشترى فانه يأخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثانى وان شاء أخذه بالبيع الثانى بثمنه لانه بيع صحيح فأمكن ايجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل فى البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض المشترى البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل فى ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه أن المشترى متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق البائع فى الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد أن البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما فى الغصب قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعنى اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذى قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وأقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو

(قوله فهو أحق بما في يده) أي المشتري وأخواه اه (قوله له أن يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة) أي الدين الذي جعله أجرة اه (قوله بخلاف الصحيح) يعني لو كان البيع صحيحا أو الاجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع اه عمادي (قوله في المتن وطاب للبائع ما ربح الخ) قال الاتقاني رحمه الله وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وهو لفظ محمد والاصل فيه أن المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد من عدم التعين في حق الاستحقاق أما في حق القدر والجنس والوصف فيتعينان والخبث وهو عدم الطيب أيضا نوعان أحدهما باعتبار عدم الملك كما في المغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق بما في الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم أن عدم الطيب لعدم الملك في المالين جميعا أعني فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لان الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست معتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله لو اشترى شيأ يتعين بالتعيين) كالجارية والعبد والفرس اه (قوله كالدراهم والدنانير) أي وتقابضا فباع المشتري الجارية واشترى البائع بالثمن شيأ اه (قوله ولا يتعلق العقد الثاني) أي في الشراء الثاني اه (قوله وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب) أي بأن غصب شيأ وباعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيأ أو باعه وربح فيه اه أك (قوله لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة) أي فيتمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تتمكن شبهة الخبث من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع بأن نقد من الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن بأن أشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث أما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فتنقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يتعين ثمة تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر بالحديث وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الربا والريبة أي الشبهة اه (قوله من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن) أي بأن يشير الى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اه اتقاني (قوله والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر) اذ لو اعتبرت شبهة الشبهة لاعتبر ما دونها فيؤدى ذلك الى سد باب التجارة وهو مفتوح اه (قوله والاول أصح وهو رواية أبي سليمان) قال الاتقاني رحمه الله وقال فخر الدين قاضيخان في شرحه الجامع الصغير فان كان البائع استهلك الثمن يرد مثله لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثليا وأما اذا كان الثمن الذي أخذه البائع قائما فهل يتعين للرد ففيه روايتان في رواية كتاب الصرف

استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانها معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما في يده من المقبوض من سائر الغرماء ولو اشترى من مدينه عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليه وقبض المستأجر العبد ثم فسخ المؤجر الاجارة بحكم الفساد له أن يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه قال (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي لو اشترى شيأ يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرر الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاء فالحاصل أن الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتأمله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد أم لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول أصح وهو رواية أبي سليمان والثاني

يتعين واليه ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد وذلك لان البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد كالغصب وفي رواية لا يتعين كما في البيع الجائز قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة اه فقوله والمختار عدم التعيين مخالف لما ذكره الزيلعي من التصحيح (قوله وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما) قال العتابي في شرح الجامع الكبير قال محمد قال أبو حنيفة كل مال يأخذه من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم عقد فاسد وربح فيه يطيب له الربح يريد به الدراهم والدنانير لانها لا تتعين للرد بحكم الفساد في بعض الروايات مثاله اذا اشترى ألف درهم بمائة دينار الى سنة حتى فسد الصرف فقبض الدراهم وربح فيها طاب له الربح ولو كان الالف غصبا لم يطب لانعدام الملك وعند أبي يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد اه اتقاني (قوله في المتن ولو ادعى على آخر دراهم الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير وكذلك لو أن رجلا قال الرجل لي عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن وقد تصرف فيها وربح قال يطيب له ذلك لان الدين يثبت من حيث التسمية لان المدعى ادعاه فقضاه المدعى عليه فكان الربح حاصلا في ملكه فاذا تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين لانه شبهة الشبهة فلهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به اه غاية (قوله وبدل المستحق) أي والمستحق هو الدين والبدل الدراهم المقبوضة اه غاية (قوله مملوكا) أي ملكا فاسدا اه (قوله في المتن وكره النجش والسوم الخ) قيل لما كان المكروه أدنى درجة من الفساد ولكنه شعبة من شعب الفساد ألحقه بالفساد وأخره عنه اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والمعنى في كراهية النجش الغرور والخداع اه (قوله وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره) قال في شرح الصحيح النجش أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته اه اتقاني (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل الخ) قال الاتقاني قوله لا يستام ولا يخطب نفي أريد به النهي لاشتراكهما في دلالتهما على العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد حسا فحينئذ يلزم الخلف في خبر الشارع واختيار صيغة النفي لكونه أبلغ من النهي كما أن اخبار الشارع أبلغ من الامر اه (قوله فلا بأس بان يزيد الى أن يبلغ قيمتها) أي وان لم يكن له رغبة فيها اه غاية (قوله باع قدحا وحلسا) قال في الجمهرة الحلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار والجمع أحلاس وحلوس اه غاية وكتب ما نصه روى الترمذي من حديث أنس رضي الله عنه قال أتى رجل من الانصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما في بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء فقال ائتني بهما فأتاه بهما فأخذهما صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين قال رجل أنا آخذهما بدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم قالها مرتين أو ثلاثا قال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما اياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال اشتر بأحدهما طعاما فانبذه الى أهلك واشتر بالآخر قدوما فائتني به فأتى به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى

والثاني رواية أبي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها اياها ثم تصادقا أنه لا شئ له عليه طاب ربحه) أي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما أولا فلكه ثم استحق بالتصادق أنه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك ألا ترى أنه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا أنه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو سبب خبيث لكونه مملوكا كملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل قال (وكره النجش والسوم على سوم غيره) والنجش بفتحتين وروى بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كره لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام نهى عن النجش وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا رواهما أحمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه رواه أحمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى أحمد عن ابن عمر أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وروى النسائي أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها وأما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بان يزيد الى أن تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري وأما اذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال أنس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه أحمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة

يبعضها أو باو ببعضها طعاما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسئلة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تحل الا لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي دم موجع اهـ تجريد الاصول للبارزي قوله قعب القعب القصعة اهـ (قوله في المتن وتلقي الجلب) بمعنى المجلوب اهـ اتقاني قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في بيان تلقي الجلب وصورته أن واحدا من المصر أخبر بمجيء قافلة عظيمة وأهل المصر في قحط وجدب فتلقى ذلك الواحد ويشتري منهم جميع ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا ميرتهم بأنفسهم (٦٨) وباعوها من أهل المصر متفرقة توسع أهل المصر بذلك فاذا كان الامر كما وصفنا فهو مكروه وان كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز في الحكم ولكنه مكروه لانه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضروا به اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ولا يبيع حاضر لباد) الحاضر المقيم في المدن والقرى والبادي المقيم بالبادية والمنهي عنه أن يأتي البدوي البلدة ومعه قوت يبغي التسارع الى بيعه رخيصا فيقول له الحضري اتركه عندي لأغالي في بيعه فهذا الصنيع محرم لما فيه من الاضرار بالغير وهذا اذا كانت السلعة مما تعم الحاجة اليها كالاقوات فان كانت لا تعم أو كثر القوت واستغنى عنه ففي التحريم تردد اهـ ابن الاثير رحمه الله (قوله وتفسيره ماذكرنا عن ابن عباس) قال في شرح الطحاوي ان الرجل اذا كان له طعام وأهل المصر في قحط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصري من البدوي لمغالاة السعر فيكره ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اهـ اتقاني (قوله فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أي وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضي الله عنهما اهـ (قوله في المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهى عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهي الكراهة اهـ

ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي قال (وتلقي الجلب) أي كره تلقي المجلوب وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب الحديث رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا في قحط وان كان لا يضرهم فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال رحمه الله (وبيع الحاضر للبادي) لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم وأحمد وغيرهم وعن جابر أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم وقال أنس رضي الله عنه نهينا أن يبيع حاضر لباد وان كان أخاه لابيه وأمه رواه البخاري وأحمد ومسلم وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي وتفسيره ماذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم وأما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بأن قعدا للبيع أو وقفا له وذكر في النهاية أنهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه الى أصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل لان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال (لا بيع من يزيد) أي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله (ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) سواء كان الآخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه أنه قال أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه أحمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي ما فعل غلامك فأخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن أبي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه أبو داود والدارقطني ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه

وقال

(قوله لا يدخل فيه قريب غير محرم) أي كأولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات (٦٩) اهـ (قوله ولا محرم غير قريب) أي كالاخ والاخت من الرضاع وامرأة الاب اهـ (قوله والكفار غير مخاطبين بالشرائع) الصحيح أنهم مخاطبون بالمحرمات اهـ (قوله ونفذ البيع في الكل) أي في كل الصور المتقدمة من قوله وكره النجش الى هنا اهـ (قوله وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين) أهداهما له المقوقس ملك الاسكندرية ومصر وكانت مارية بيضاء جعدة جميلة فوطئها بالملك فولدت له ابراهيم فتوفي وهو ابن ثمانية عشر شهرا ووهب أختها سيرين لحسان بن ثابت وهي أم ولد حسان ابن ثابت ولم يكن بمصر أحسن ولا أجمل منهما وهما من أهل حفن من كورة انصنا فلما رآهما صلى الله عليه وسلم أعجبتاه وكانت احداهما تشبه الاخرى فقال اللهم اختر لنبيك فاختار الله له مارية وذلك أنه قال لهما قولا أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فبدرت مارية فتشهدت قبل أختها ومكثت أختها ساعة ثم تشهدت وقال صلى الله عليه وسلم لو بقي ابراهيم ما تركت قبطيا الا وضعت عنه الجزية وقد انقطع أهلها وأقاربها الا بيتا واحدا ماتت مارية سنة ١٥ وصلى عليها عمر ودفنت بالبقيع اهـ من المصباح المضي (قوله يكره التنفيذ) أي تنفيذ البيع في الام اهـ

وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر بالزامه الفداء لولي الجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره وكذا لا بأس بالتفريق اذا تعذر اخراج أحدهما بالتدبير أو الاستيلاد أو الكتابة لما ذكرنا وله أن يعتق أحدهما وان كان فيه تفريق لانه أنفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر أن يدور معه حيث دار وكذا له أن يبيع أحدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له في التجارة وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت جهة قرابتهما لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونه وذلك مثل الاب والام والاخ لاب وأخت لام أو لابوين بأن ادعاه رجلان معا أو عمه وخاله لان لكل واحد منهما شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما استئناس خلاف الاستئناس بالآخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين أو الخالين أو العمين لاب وأم أو لاب أو لام يكتفي بأحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه أو يتركه مع الواحد منهما لانه يستأنس به ويقوم بحوائجه وان كان أحدهما أقرب من الآخر كما لو كان مع الام أو الجدة عمه أو خاله أو أحد الاخوة أو الاخوات أو كان مع الاخت لاب وأم أخت لاب أو لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم ونفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير أو الاضرار بأهل البلد أو بالواردين اذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن أبي يوسف أنه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد في الجميع لما روينا أنه عليه السلام رد البيع في الولاد وأمر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكشرائه استامه غيره والمروي محمول على الاقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قال (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين أو الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع رضي الله عنه أنهم أصابوا من فزارة سبيا وفيه امرأة ومعها ابنتها فنفلني أبو بكر ابنتها وكان عليهم أميرا فلما قدموا المدينة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فذكر أنها أعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى أهل مكة وفي أيديهم أسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة والحديث فيه طول رواه أحمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين ولو كان مع امرأة صبي ادعت أنه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينه وبينها لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه أمارة الصدق ولو باع الام على أنه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى أمه بشرط الخيار له أن يردها بالاتفاق أما عند أبي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا وأما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله أعلم

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما رجع المبيع الى البائع أو نقول لما كانت الاقالة فسخا للبيع وهو يقتضى سابقة البيع والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكر الاقالة عقيبه قاله الاتقاني وقال الكمال مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات اه (قوله ولو كان من القول لقيل قلته بالضم) ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو اه كمال (قوله وقد قالوا أقاله البيع قيلا) أى وأقاله فسخه اه فتح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته الخ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقاله الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي اه فتح وكتب ما نصه ولان الاقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة اه اتقاني قوله دفعا للحاجة أى التي لها شرع البيع وغيره اه فتح (قوله بأن ولدت المبيعة بعد القبض) قال الاتقاني بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند (٧٠) أبي حنيفة وحاصله أن الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو حنيفة لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا عما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخا عنده كذا قال في الذخيرة اه واعلم أن المبيعة اذا ولدت بعد القبض فالاقالة حينئذ باطلة عند الامام كما ذكر وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعا جديدا أما عند أبي يوسف فظاهر لان الاقالة عنده بيع وأما عند محمد فلانه تعذر جعلها ههنا فسخا فتجعل بيعا جديدا فتنبه اه (قوله اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ الخ) فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغى أن يحمل على البيع المبتدا مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث قلت انما لم يحمل اللفظ على المجاز لتعذر لمضادة بين العقد ورفعه واللفظ لا يجوز استعماله مجازا لضده وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار معنى البيع وهو حصول الملك ببدل فأظهرناه هنا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما على غيرهما اه اتقاني رحمه الله (قوله هذا اذا تقايلا بعد القبض) قال الاتقاني رحمه الله وجملة القول فيه أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الاحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض عند أبي حنيفة رحمه الله بيع في حق غيرهما حتى لا تصح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل الا اذا تعذر جعلها فسخا فحينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة في يد المشترى قال الاقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اه (قوله لتعذر جعلها بيعا) أى اذ بيع المنقول قبل القبض جائز اه (قوله وقال أبو يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا) قال الاتقاني الا أن في المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدا فحملت على الفسخ حملا لكل منهما على الصحة حتى لو كان المبيع دارا وتقايلا قبل القبض يكون بيعا عند أبي يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند أبي يوسف وأبي حنيفة اه

﴿ باب الاقالة ﴾

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أى ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى اذا أزال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا أقاله البيع قيلا وهذا أدل من الاول وهى مشروعة مندوب اليها لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله (هى فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة الا أن لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال أبو يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا الا أن لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الاول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سمى خلافه وقال محمد هى فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا بأكثر من الثمن الاول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا أن لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الاول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الاول يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم أقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالى بالتراضى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له أو تحتمله ولابي حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام أن يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد أصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد بها ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما العدم ولايتهما عليه قال رحمه الله (وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) وهذا عند أبي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشترى وأما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

(قوله أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة) أى كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك العرض اه اتقاني (قوله وقال محمد هى فسخ) أى سواء كان المبيع منقولا أو غير منقول لان بيع المبيع قبل القبض باطل عنده في المنقول وغيره فلما لم يصح البيع حمل على الفسخ اه اتقاني وكتب على قوله هى فسخ ما نصه في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث كما سيأتى قريبا اه (قوله فكذا اذا سكت عن البعض) قال الاتقاني أما اذا كانت الاقالة بالنقصان عن الثمن الاول تجعل فسخا لانه لو لم يذكر في الاقالة جميع الثمن صحت الاقالة فكذا اذا لم يذكر البعض وكذا اذا وقعت الاقالة على تأجيل الثمن صحت الاقالة وبطل الاجل اه (قوله يقال اللهم أقلنى عثراتى) أى ارفعها اه (قوله واذا تعذر) أى حمله على الحقيقة يحمل على البيع مجازا لانه محتمله ولهذا كانت بيعا في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الالغاء اه اتقاني (قوله ولابي يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالى الخ) قال الاتقاني ولكن لم يشترط تسمية الثمن لانه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعا في حق الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الاقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كما في البيع اه (قوله فيجعل فسخا) أى في حق المتعاقدين (٧١) وأما في حق الثالث فبيع بالاتفاق اه (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أنها تنبئ عن الفسخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الاقالة رفع العقد وبين العقد ورفعه مضادة فلا يجوز أن يجعل واحدا فكانت فسخا اه (قوله وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضرورى الخ) قال الاتقاني وجعلها بيعا جديدا في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فان حكم الاقالة وقوع الملك يدل وهذا لان لهما ولاية على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اه (قوله في المتن وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس) أى وشرط جنس (آخر) خلاف الثمن الاول (لغو) أى باطل اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله وفي شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر بطل الشرط ولم تبطل الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد في معنى الربا والزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الاقالة فانها رفع ما كان ورفع ما كان زائدا على ما كان لا يتصور فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الاقالة قال في شرح الطحاوى وعند أبي يوسف في الموضع الذى يجعلها بيعا جديدا تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الاقالة بالثمن الاول الا اذا حدث بالمبيع عيب عند المشترى فيصح شرط الاقل من الثمن الاول فيجعل الزيادة بازاء الجزء المحتبس عند المشترى وعند أبي يوسف ومحمد اذا شرط الزيادة يكون بيعا أما عند أبي يوسف فظاهر لان البيع هو الاصل عنده وأما عند محمد فلان الفسخ لما لم يمكن حمل على البيع لامكانه واذا شرط الاقل يكون بيعا أيضا عند أبي يوسف لما قلنا من الاصل عنده ويكون فسخا عند محمد بالثمن الاول لانه لو سكت عن الاقالة عن جميع الثمن كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض وعند زفر الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما اه

﴿ فرع ﴾ لو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق قاله الكمال رحمه الله

(قوله ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة لا تكون) الى هذا لفظ الشارح (١) وقوله بيعا وان أمكن جعلها بيعا بل تكون الخ هذا الملحق لابد منه ليصح قوله فسخا اه (قوله ولم يرد) لعله يسترد وجد فى بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اه وفى شرح الاتقانى وغيره يسترد اه لكن الذى وجد بخط الشارح يرد (٧٢) اه (قوله حتى باعه منه) أى من المشترى اه (قوله لانه بيع جديد فى حق غيرهما) أى ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشترى أيضا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف اه اتقانى (قوله جاز قبضه) أى ولو كان بيعا لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن اه (قوله تظهر فائدته فى خمس مسائل) ساقها القوام الاتقانى وتبعه الكمال أربعة فاسقطا من المسائل التى ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسئلة ما لو كان المبيع صرفا التى نقلتها فيما يأتى عند قوله والرابعة الخ اه (قوله لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة) أى فى أصل البيع اه (قوله ثم تقايلا) أى فعاد الى ملك البائع (قوله جاز وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد الخ) وهذه حيلة فى جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله والرابعة اذا كان المبيع موهوبا الخ) قال الاتقانى رحمه الله وثمرة كونها بيعا فى حق غيرهما تظهر فى مواضع وساقها أربعة وذكر منها أن البيع لو كان صرفا فالتقابض فى كلا الجانبين شرط فى صحة الاقالة فيجعل فى حق الشريعة كبيع جديد وتبعه الكمال رحمه الله فى ذكرها أربعة منها مسئلة الصرف المذكورة آنفا واذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستا فتنبه (قوله فى المتن قبل قوله وهلاك المبيع الخ وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) هو من المتن وقد أسقطه الشارح

ينقص أكثر منه ولا تجوز الاقالة الا بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى والآخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد يشترط أن يعبر بهما عن الماضى ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة لا تكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا فى حق المتعاقدين تظهر فى خمس مسائل احداها أنه يجب على البائع رد الثمن الاول وما سميا بخلافه يكون باطلا والثانية أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا فى حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشترى لم يجز لانه بيع جديد فى حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشترى بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وقوله بيع فى حق غيرهما تظهر فائدته فى خمس مسائل احداها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا فى حقه كأنه اشتراه منه والثانية اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع فى حقه فكأنه اشتراه من المشترى والثالثة اذا اشترى شيأ فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الاول جاز وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع فى هبته لان الموهوب له فى حق الواهب بمنزلة المشترى من المشترى منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعدما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد فى حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع فى حق ثالث مجرى على اطلاقه وقوله فسخ فى حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط وأما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا فى حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كأنه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشترى بذلك لم تقبل شهادته كأنه هو الذى باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت ألا ترى أن المشترى لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشترى بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط فى البيع الاول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط لزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو تعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قال رحمه الله (وهلاك المبيع يمنع) أى يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث

لا يمنع

(١) قول المحشى وقوله بيعا هكذا فى الاصل وليس هذا الملحق فى شئ من نسخ الشارح التى بيدنا اه مصححه

لما فرغ عن بيان ايقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هى بالنظر الى جانب المبيع شرع فى بيان أنواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثانى لاصالة المبيع دون الثمن اه غاية وكتب ما نصه قال العينى وهى مصدر ولى غيره أى جعله واليا وفى الشرع ما ذكره المصنف اه قال صاحب التحفة البيع فى حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع (٧٣) التولية فى بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان منه يسير اه اتقانى (قوله والمرابحة والتولية) أى لم يفسرهما اكتفاء بما فى المتن اه (قوله والوضيعة) قال فى المستصفى ولم يذكر القسم الثانى فى هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من المبايعات الاسترباح اه وقوله ولم يذكر القسم الثانى المراد منه بيع الوضيعة اه (قوله التولية بيع بثمن سابق) أى وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان اه عينى (قوله وهذا أحسن من قول بعضهم) منهم صاحب الهداية والقدورى اه (قوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها) أى حتى لو اشترى شيأ مؤجلا ليس له أن يبيعه مرابحة الا اذا بين التأجيل اه غاية لان الاجل معنى يزاد فى الثمن لاجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الاجل فلو باعه مرابحة يصير كأنه اشترى شيئين بثمن فباع أحدهما مرابحة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اه (قوله ولما أراد عليه السلام الهجرة الخ) أخذه من الهداية قال الكمال وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بأبى أنت وأمى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه فى بدء الخلق وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم أخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ احداهما وهى القصوى فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكره ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبى وأمى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيرا ليس لى قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن ما الثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر

لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل العقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود فى الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشئ يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال رحمه الله (وهلاك بعضه بقدره) أى هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك أحدهما صحت الاقالة فى الباقى منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان فى الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا تعلق له بالمقبوض ألا ترى أنهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق بأعيانهما كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله أعلم

﴿ باب التولية ﴾

وهى أن يجعل غيره واليا فكان المشترى يجعل المشترى منه واليا بما اشتراه ثم أنواع البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلتها السلعة أنواع أربعة المساومة وهى التى لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهى البيع بأنقص من الثمن الاول قال رحمه الله (هى) أى التولية (بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة) وهذا أحسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدى الى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما أراد عليه الصلاة والسلام الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة

السهيلى عن بعض أهل العلم أنه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبنى بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتى عشرة أوقية ونشا والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم فى استكمال فضل الهجرة الى الله وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن اه (قوله فى المتن وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) قال الاتقانى رحمه الله وجملة البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيأ مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها أما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن بعد أن يكون شيأ مقدرا معلوما نحو الدرهم والثوب مشارا اليه أو دينارا لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأما اذا كان الثمن الاول لا مثل له فأراد أن يبيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض فى يده وملكه أو من غيره فان باعه ممن ليس فى ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلوا اما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ولا وجه للاول لان العوض ليس فى ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه مرابحة بقيمته لان القيمة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض فى يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرابحة بالثمن الذى فى يدك وربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهى معلومة وان قال أبيعك ده يازده فانه لا يجوز لان تسمية ده يازده أو أحد عشر يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الاول وهو الثوب وبجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه

ثم فى بيع المرابحة يعتبر رأس المال وهو الثمن الاول الذى ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما نقده بدلا عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة المسماة فى العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا فى التحفة اه (قوله فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه) صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذى فى يده الثوب يشترى هذا العبد بذلك الثوب وربح درهم جاز اه غاية (قوله فى المتن والصبغ) قال الكمال رحمه الله أسود كان الصبغ أو غيره اه (قوله وحمل الطعام) أى برا أو بحرا اه كمال (قوله لانها تختلف باختلاف الاماكن) قال فى الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها اه كمال رحمه الله (قوله فان فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه) أى وكذلك لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة اه كمال (قوله وذكر فى المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته الخ) لا نفقة المشترى على نفسه فى سفره اه وكتب ما نصه قال الكرخى فى مختصره وكذلك ان كان مضاربا أنفق على الرقيق فى طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه فى سفره فى كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرضى الرقيق فى أجرة طبيب أو حجام أو دواء ويضم ما أنفق على الغنم فى سياقها ولا يضم أجر الراعى ولا جعل آبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق فى تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا فى تعليم غير ذلك الى هنا لفظ الكرخى اه غاية (قوله وأجرة السمسار ان كانت مشروطة الخ) قال الكمال وتضم أجرة السمسار فى ظاهر الرواية وفى جامع

والسلام ولى أحدهما فقال لهم هولك بغير شئ فقال أما بغير شئ فلا قال رحمه الله (وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته أو غنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشترى يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم فى المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا تجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما فى الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله (وله أن يضم الى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء برأس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه أن كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد فى العين والحمل والسوق يزيدان فى القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له أن يضيف اليه أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه وذكر فى المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراءه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة فى العقد والا فأكثرهم على

البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة فى العقد تضم وقيل أجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها فى الدواب وتضم الثياب فى الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فانه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب ما ناله وعما أنفق ويضم الباقى اه ما قال الكمال (قوله فى المتن ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا الخ) وهذا بخلاف ما اذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز وهى مسئلة الاصل حيث لا يقول قام على بكذا ولا اشتريته بكذا لانه كذب وانما يقول رقمه كذا وكذا فأنا أبيعه مرابحة على ذلك قال محمد فى الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا اه غاية (قوله وكذا بيت الحفظ) كذا بخط الشارح والذى فى نسخ المتن وكرى بيت الحفظ اه (قوله لمعنى فى نفسه) أى فى نفس المعلم اه (قوله وهو ذكاؤه وذهنه) أى فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة فى المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم فهو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمتنع نسبته الى التعليم كما لا تمتنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليل الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا فى تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف فى النادر اه كمال (قوله فى المتن فان خان الخ) ثم ظهور الخيانة اما باقرار البائع أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين اه غاية وكتب على قوله فان خان الى آخره ما نصه صورة المسئلة رجل اشترى بتسعة دراهم شيأ وقبضه ثم قال لرجل اشتريته بعشرة فوليتك بما اشتريته أو باعه مرابحة بربح زيادة درهم اه مشكلات (قوله وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى ولا خيار للمشترى اه غاية وكذا قال الشافعى وأحمد اه (قوله ولابى يوسف أن الاصل فيه) أى فى عقد البيع اه (قوله هو المرابحة والتولية) أى لا التسمية كما قال محمد اه (قوله أو بعتك مرابحة على الثمن الاول) أى وان لم يسم الثمن الاول اه (قوله وما أصاب غيره ثبت معه) أى كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم ويأخذ الثوب باثنى عشر درهما اه غاية وكتب ما نصه قال الكمال ولمحمد أن الاعتبار فيما ليس الا التسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بأن الثمن الاول لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور أن الثمن ليس ذلك يتخير اه كمال

على أنها لا تضم ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفى المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال رحمه الله (ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال رحمه الله (ولا يضم أجرة الراعى والتعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه برأس المال ولان الرعى حفظ وهو لا يزيد فى العين ولا فى القيمة شيأ وثبوت الزيادة فى التعليم لمعنى فى نفسه وهو ذكاؤه وذهنه ولا يضم حفر البئر ويضم أجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب أبوابا وثقب اللؤلؤ ولو زوج العبد لا يضم المهر الى رأس المال ولا يحط مهر الامة لزوجها ولا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة وجعل الآبق ونفقة نفسه وكرائه وأجرة الختان والفداء فى الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى رأس المال ولانها لا تزيد شيأ فى العين ولا فى القيمة فلا يجوز الحاقها برأس المال والذى يؤخذ فى الطرق من الظلم لا يضم الا فى موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم قال رحمه الله (فان خان فى مرابحة أخذه بكل ثمنه أو رده وحط فى التولية) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وكذا المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما فى سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابى يوسف أن الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن الاول والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بنائه العقد الثانى على الاول فى حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا فى العقد الاول فلا يمكن اثباته فى العقد الثانى فيحط ضرورة غير أنه فى التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفى المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما أصاب الخيانة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه ولابى حنيفة فى الفرق بينهما أن التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا فى العقد الاول والمرابحة عقد مبتدأ باشراه باختيارهما وليس بمبنى على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج فى التولية الى ذكر الثمن وفى المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سميا

ولانه لولم يحط فى التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولولم يحط فى المرابحة يبقى على حاله الا أن الربح أكثر مما ظنه المشترى فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية فيه ويثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشترى الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعند محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع و يرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على أصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف وعلى قول أبى يوسف يحط كيفما كان وكذا عند أبى حنيفة فى التولية لانه لولم يكن له جاز الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الاول قال رحمه الله (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يرابح) يعنى اذا باعه بربح ثانيا بعدما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة و يقول قام على بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين فى الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن باعه المشترى من أجنبى ثم باعه الاجنبى من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله أن شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما أخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لماله من التوسع فيما لهم ألحق علكه فيصير كأنه اشترى عشرة وثوبا بعشرين فى الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثانى تأكد وأمن بطلانه والتأكد حكم الاصول ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره و يصير فى الفصل الثانى كأنه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين ولم يبق فى مقابلة الثوب شئ فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن فى العقد الثانى حقيقة وانما أعطى له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بنى على الامانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع فى باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست مبنية على الامانة قال رحمه الله (ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) أى وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له فى التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذى جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما فى حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقى الاعتبار للشراء الاول فصار كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع أمانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فتنتفى عنهما كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا

(قوله ولو هلك المبيع قبل أن يرده) أى أو استهلك اه فتح (قوله أو حدث به ما يمنع الرد) أى عند ظهور الخيانة فى بيع المرابحة اه غاية (قوله وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله) أى يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشترى عن الرد بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ اه غاية (قوله ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن) أى ان كانت القيمة أقل دفعا للضرر عن المشترى اه ك (قوله وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة) أى الا أن يبين اه كمال (قوله وهذا عند أبى حنيفة) أى وهو مذهب أحمد اه فتح (قوله وعندهما يبيعه مرابحة) أى وقول الشافعى كقولهما كذا فى الاسرار وغيره وأخذ أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بقولهما اه غاية وأيضا هو قول مالك اه عينى (قوله ثم اشتراه بعشرين) أى ممن باعه منه بعد التقابض اه كمال (قوله و يقول قام على بعشرة) أى ولا يقول اشتريته لئلا يصير كاذبا اه غاية (قوله لان المنع فى باب المرابحة لحق العبد) وأيضا الخيانة حق الشرع اه (قوله فى المتن ولو اشترى مأذون الخ) قال فى المبسوط واذا اشترى الرجل من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده أو عبد من مواليه أو مكاتب من مواليه متاعا بثمن قد قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشترى أن يبيعه مرابحة الا بالذى قام على البائع للتهمة هذا لفظ محمد فى الاصل اه غاية

اذا

اذا لم يبين وان بين أنه اشترا من عبده أو من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر فى المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب فى هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله (ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) أى لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذى دفع اليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه فى تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة ألا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا أما فى حق المضارب فظاهر وأما فى حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا علكه قبله وان كان ماله لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا علك رب المال وطء الجارية التى اشتراها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا علك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح

(قوله واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقا) قال الاتقانى وقد اختلفت نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيد فخر الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر الشهيد عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط وقاضيخان قيد بالمحيط أيضا والعتابى قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدين أصلا وقال فى شرح الطحاوى لو اشترى من مماليكه وعبده المأذون عليه دين أو لا دين عليه ومكاتبه فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين الا أن يبين الامر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فماله لمولاه فاذا اشترى منه المولى صار كأن المولى اشترى مال نفسه فلا يكون فى هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شراء المولى منه لان المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مرابحة الا بعشرة لان العبد اذا كان عليه دين فماله لمولاه من وجه لان المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فشراء المولى منه شراء من وجه وليس بشراء من وجه و بيع المرابحة بيع الامانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبده المأذون المديون والمكاتب جائز لافادته ملك اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز ورد فى الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة و يكون العبد فى البيع الثانى كالوكيل عن مولاه فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبعه الا على عشرة فلذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى بيع المرابحة واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبع المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة اه (قوله فى المتن ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال الخ) سيأتى فى باب المضاربة فى كلام الشارح ما يخالف هذا قبيل قوله معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان الخ والمذهب ما ذكره فى المتن فتنبه والله الموفق اه (قوله فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) قال فى شرح الطحاوى وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألف درهم وخمسمائة وباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه وهذا لما ذكرنا أن بيع المرابحة بيع أمانة يجب صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفى بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه غاية (قوله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف) أى وذلك لان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى اعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لزفر لان شراء الانسان من مال نفسه لا يجوز اه (قوله لكنه مع هذا فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اه (قوله لان المضارب وكيل عنه) أى ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اه (قوله فى البيع الاول من وجه) أى لان رقبة المال لرب المال ومن وجه للمضارب ولهذا اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال على المضارب فى البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح لان المضارب فى ذلك بمنزلة الاجنبى اه اتقانى (قوله فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح) أى وهو درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة فى أصل الثمن وهو عشرة ولا فى نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مرابحة على اثنى عشر درهما ونصف اه اتقانى رحمه الله

(قوله اذا تعيب المبيع من غير صنعه) أى بأن اشترى جارية فاعورت مثلا اه (قوله لانه لم يحتبس عنده شئ بمقابلة الثمن) أى لان المستوفى ليس بمال فلم يقابله البدل فكان كالاستخدام اه غاية (قوله وهو قول الشافعى وزفر الخ) وفى قول زفر اذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التى اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ اه غاية البيان (قوله سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه) هنا وقع اتفاقا اذ يجب البيان وان لم يأخذ الارش ولهذا ذكره فى المبسوط من غير قيد أخذ الارش اه (قوله لانه صار مقصودا بالاتلاف) أى ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لانه حبس جزأ صار مقصودا أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقى مرابحة على ذلك الثمن اه اتقانى (قوله فاز التها تعيب لها فيقابلها الثمن) أى وكذا لو حبس نماؤه كالثمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الاجنبى وان هلك بآفة سماوية جاز بيعه مرابحة من غير بيان اه زاهدى وذكر فى شرح عيون المسائل ولو أن رجلا اشترى جارية ولها لبن فآجرها لترضع فله أن يبيعها مرابحة لان عقد الاجارة ما ورد على العين وانما ورد على المنافع فلم يأخذ العوض عن عين ملكها بالشراء وانما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اه (قوله قرض فار) القرض بالقاف والفاء اه من خط الشارح (قوله يبيعه مرابحة من غير بيان) أى لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شئ من الثمن اه غاية (قوله لا يبيعه مرابحة حتى يبين) أى لانه صار مقصودا بالاتلاف اه غاية (قوله ولم يبين خير المشترى) أى فان شاء رده وان شاء قبل اه هداية (قوله وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما) أى وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا اه اتقانى (قوله فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة) أى كما فى العيب اه هداية (قوله فاذا هلك أو استهلكه المشترى) أى بوجه بأن باعه أو بوجه آخر اه غاية (قوله لم يبق له الخيار) أى ولم يرجع بشئ اه اتقانى نظرا

قال رحمه الله (ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) أى اذا تعيب المبيع من غير صنعه أو وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير أن يبين لانه لم يحتبس عنده شئ بمقابلة الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شئ من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير أن المشترى يتخير بين أخذه بجميع الثمن أو تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطء ومعنى أداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقى جميع ما يقابله الثمن وعن أبى يوسف فى التعيب أنه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعى وزفر على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار أن المشترى لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعى يوجب البيان باعتبار أن الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين أن يحصل بفعله أو بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالى بذهاب ما لا يقابله الثمن ألا ترى أنه لو توسخ الثوب لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا انتقص بتغير السعر وفى نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا اذا نقصه العيب شيأ يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال رحمه الله (وبيان بالتعيب ووطء البكر) أى يبيعه مرابحة بشرط أن يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب منه سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن ووطء البكر تعيب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعيب لها فيقابلها الثمن وان تعيب بفعل المبيع فى نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله فى نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان أى من غير بيان أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم فى كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة الا بالبيان فلو باع ولم يبين فللمشترى أن يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال رحمه الله (ولو اشترى بالنسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشترى) لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبهة بالمبيع والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة أو نقول ان الثمن المؤجل أنقص فى المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء فى الاموال الربوية فيكون ما أخذ من المشترى أزيد فى الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا فى التولية اذا علم أن الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله (فان أتلف فعلم لزم بألف ومائة) أى اذا أتلف المشترى المبيع فى هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلا لزمه ألف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شئ من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك أو استهلكه المشترى لم يبق له الخيار

(قوله نظرا لجانب عدم المالية فى الاجل حقيقة) قال الاتقانى والاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع ان كان المبيع قائما فاما أن يسقط شئ من الثمن بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا اه (قوله بل يلزمه جميع الثمن) أى حالا كما فى المرابحة اه اتقانى (قوله وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن الخ) قال الاتقانى رحمه الله قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن محمد أنه قال للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كما فى التحالف والمراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك ههنا وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جياد فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى أنفقها يرد زيوفا مثلها ويأخذ الجياد اه (قوله فى المتن ومن ولى) أى باع له بالتولية اه (قوله بما قام عليه الخ) المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والفتل اه اتقانى (قوله فى المتن ولو علم فى المجلس خير الخ) ان شاء أخذ وان شاء ترك اه (قوله ونظيره بيع الشئ برقمه) أى بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا فانه معلوم عند البائع ومجهول عند المشترى وكان البيع فاسدا لجهالة الثمن اه اتقانى (قوله وانما يخير لخلل فى رضاه الخ) قال الاتقانى وانما وجب الخيار لخلل فى الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع فى خيار الرؤية وهذا فى معناه فكان ملحقا به اه

﴿ فصل ﴾ قال الاتقانى رحمه الله مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيدا بوصف زائد أشبهت المرابحة والتولية من حيث ان فيهما قيدا زائدا على أصل البيع ولكنها ليست بمرابحة ولا تولية فجىء بالفصل لهذا اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) قال الاتقانى وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعى كذا قال فى شرح الطحاوى وصحة القبض بأحد الامرين اما بالتخلية كما فى المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما فى المنقول وجه قول محمد عموم النهى وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عما لم يقبض وهو بعمومه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيهما جميعا ولان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهى شرعا والنهى يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما فى المنقول لانه لم يدخل فى ضمانه ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض اه (قوله ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه) والاصل فيه أن ما لا ينفسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخى فى مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذى بدله قيمته اه

نظرا لجانب عدم المالية فى الاجل حقيقة أو نقول تعذر الرد بالهلاك فبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية قال رحمه الله (وكذا التولية) أى التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا فى العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد متعارف بينهم أن يؤخذ ثمنه فى كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وانما سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا فى المغبون غبنا فاحشا له أن يرده على بائعه بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع ان قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر بخلافه فله الرد بحكم أنه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتى بالرد ان غره والا فلا قال رحمه الله (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضى الى المنازعة قال رحمه الله (ولو علم فى المجلس خير) لان جهالة الثمن فساد فى صلب العقد الا أنه فى مجلس العقد غير متقرر ولان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا كتأخير القبول الى آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل فى آخر المجلس كالعلم الحاصل فى أوله فيصح على تقدير الابتداء وأما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه فان البيع فيه فاسد فان أعلمه البائع فى المجلس صح والا فلا وانما يخير لخلل فى رضاه لان الرضا بالشئ لا يتم قبل العلم به

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (صح بيع العقار قبل قبضه) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد ولانه لا يقدر على

(قوله وبدل الصلح عن دم العمد) أى فان التصرف فيهما جائز قبل القبض اه (قوله وهذا لان هلاك العقار نادر الخ) قال الاتقانى ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فجاز وانما لم يجز بيع المنقول قبله لتوهم انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى لا يوجد فى العقار لانه لا يرد عليه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء والرمل أو تخريب الفار والنادر لا يعتد به اه (قوله بان كان على شط النهر ونحوه) أى بأن كان على طرف المغارة الغالب عليها الرمل اه اتقانى وكتب ما نصه وكذا اذا كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه اه محيط (قوله ومارواه معلول الخ) قال الاتقانى والجواب عن الحديث فنقول المراد منه بيع المنقول وما أمكن قبضه بالبراجم لانه هو القبض فى الحقيقة يدل عليه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم لان الحوز الى الرحل لا يكون الا فى المنقول ولانه عام مخصوص ألا ترى أنه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيختص بالمنقول لانه هو المراد اجماعا وفى غيره خلاف ولان القياس أن يجوز بيع المنقول قبل القبض أيضا لدلائل جواز البيع من الكتاب والسنة والاجماع الا أنه ترك القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد بهلاك المبيع لان العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم حمل على أخص الخصوص ثم قال الاتقانى (٨٠) فان قلت فى العقار أيضا يتوهم انفساخ العقد بأن يرد بالعيب قلت لا يستقيم ذلك لانه حين جاز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشترى الثانى فبعد ذلك لا يقدر المشترى الاول على رده بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض أيضا بظهور الاستحقاق فكيف لم يلتفت اليه قلت لان الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض لان المراد به أخص الخصوص لما قلنا على أنا نقول يلزم حينئذ أن يكون باب البيع مسدودا وهو مفتوح بدليل جواز البيع اه (قوله فى المتن لا بيع المنقول) قال الاتقانى رحمه الله ولان فى المنقول غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير اذنه يجز

تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعييبه لصيرورته الكاحكا حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بأن كان على شط النهر ونحوه ومارواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفى المنقول والدليل على أنه معلول به أن التصرف فى الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف فى المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه والفقه فيه أن المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف فلنا أن نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما أن المعقود عليه فى الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول قال رحمه الله (لا بيع المنقول) أى لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم وأحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين أنه باع مالا يملك والغرر حرام لما روينا وفى المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشترى الاول نقد الثمن فالبيع الثانى نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثانى موقوف وهو الاصل كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ فى حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم

وذلك يفسد العقد وقد روى فى السنن مسندا الى الاعرج عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرور ما طوى عنك علمه وجملة القول فيه ما قال صاحب الايضاح أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخى فى مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذى بذله قيمته اه (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد) أى العقد الاول وفسره بعض الشارحين بقوله أى العقد الثانى وكأنه سهو القلم أو غلط فى الاصل اه غاية (قوله وفسره بعض الشارحين) أراد به صاحب النهاية اه (قوله وفى المحيط لو باع غير المنقول الخ) قال شيخنا صلاح الدين رحمه الله فى حواشى ابن فرشتا بعد أن ساق ما نقله الزيلعى عن المحيط ما نصه الظاهر أن لفظة غير فى قوله لو باع غير المنقول زائدة لان صاحب المحيط قال ويجوز بيع العقار قبل القبض الخ ثم قال ثم ان كان المشترى الاول نقد الثمن فالبيع الثانى نافذ الخ وهذا انما يتأتى فى المنقول اذ بيع العقار جائز من غير توقف على نقد الثمن لكن لما ذكره عقيب تفريع العقار توهم الشارح أن ذلك فى غير المنقول وليس الامر كذلك والله أعلم (قوله ولو وهب المبيع قبل القبض الخ) قال فى شرح الطحاوى ولو أوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية

بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض يكون موروثا للورثة فكذلك الوصية اه اتقانى (قوله ولو وهب المبيع من البائع الخ) ولو رهنه من البائع لا يصح لان البائع لا يصلح نائبا عنه فى القبض اه محيط (قوله بخلاف البيع) أى فانه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لانه ضدها اه (قوله فى المتن ولو اشترى مكيلا الخ) قال الاتقانى وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال اذا اشتريت شيأ مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتريت ما يكال كيلا أو ما يوزن وزنا أو ما يعد عدا فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد فى الكيل والوزن وان اشتريت مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير ذكر أولا أنه لا يبيع العددى اذا اشتراه عددا حتى يعده ولم يذكر أنه لو باعه قبل العد ما حكمه وقال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف فى الامالى فقال فى قول أبى حنيفة لا يجوز وفى قول أبى يوسف يجوز وأبو حنيفة جعل ذكر العدد بمنزلة الكيل والوزن وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى مختصر الكرخى ثم ذكر الفقيه فى شرح الجامع الصغير قول محمد مع أبى يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا فى شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولكن ذكر الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة ثم اعلم أن الاموال ثلاثة أقسام مقدرات كالكيلى والوزنى وعدديات ومذروعات ففى القسم الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون بائعا ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال اشتريت على أنها عشرة أقفزة أو على أنه كذا منا لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٨١) أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن أيضا لانهما يجريان مجرى واحدا لانهما شطر علة الربا والفقه فيه أن النهى عن البيع يدل على فساده اذا كان لمعنى فى المبيع وهو جهالته بيان ذلك أن البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زاد ردة

يجز عند أبى يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشترى فى القبض فيصير قبض المأمور قبضا له أولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الآبقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانها لا يدرى أحية هى أم ميتة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبلها البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق أن الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لى ذنبى وأقلنى عثرتى بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود) أى لو اشترى المكيل بشرط الكيل أو الموزون بشرط الوزن أو المعدود بشرط العد لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع

(١١ - زيلعى رابع)

الزيادة وان نقص رجع بحصته من الثمن فاذن يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرز عن مثله واجب فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كال البائع قبل البيع بحضرة المشترى أو غيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البائع ولا صاع المشترى والشرط أن يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله أو وزنه بعد العقد بحضرة المشترى مرة ففيما اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل الكيل والوزن ثانيا وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بالحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل أو الوزن اعلام المبيع وافرازه وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة الى الاعادة قالوا الحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم اليه من رجل كرا مثل كر السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن السلم فان ثمة يشترط صاعان صاع المسلم وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للمسلم اليه أولا ثم يكيله لنفسه لان ههنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كيل على حدة قلنا اذا كاله البائع بعد العقد بغيبة المشترى فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك وأما على قول عامة المشايخ فالصحيح أنه لا يكتفى بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشترى لان الكيل من جملة التسليم لانه به يمتاز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغائب لا يتحقق فاذا لم يفعل حتى باعه بعدما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل أن يزيد فيختلط المبيع بغيره واستدلوا بما ذكر فى الجامع فى بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع منه قفيزا بغير حضرة المشترى فهلك أن البيع قائم يتعين فيما بقى ولا يقع به الافراز ومسئلتنا وتلك المسئلة على السواء قال قاضيخان وان اشترى مكايلة وباع مجازفة قبل الكيل فى ظاهر الرواية لا يجوز وذكر ابن رستم فى نوادره أنه يجوز اه

البائع وصاع المشترى رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن عثمان أنه قال كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وأبيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه أحمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده أكثر من كيل البائع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب بمذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر حتى ازداد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما أخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم يأخذه كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه أولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس بكيل البائع والمشترى وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشترى لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بحضرة المشترى بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروى عن أبى حنيفة واختاره الكرخى وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبى يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر ألا ترى أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول أن المعدود المتقارب يساوى المكيل والموزون فيما تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده أكثر يرد الزائد وان وجده أنقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبنى على المماثلة بدليل يوجبها وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثانى جائز لان الملك في البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع قال رحمه الله (لا المذروع) أى لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشترى بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهى ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روى عن ابن عمر أنه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ

(قوله وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا) أى بأن باع شيأ بمكيل أو موزون في الذمة وأما اذا كانا مشارا اليهما فلا يجوز التصرف فيهما قبل القبض اه (قوله والحديث محمول الخ) قال في المستصفى ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل وصورته رجل أسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتال لنفسه جاز كذا في الجامع الصغير والمبسوط اه ﴿فرع﴾ استقرض ثم قضاه فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف بلا كيل بخلاف البيع اه منية (قوله في المتن لا المذروع) قال الاتقانى رحمه الله وأما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس بثابت لان الذرع صفة على تلك الاصل لا يقابله شئ من الثمن اه (قوله في المتن وصح التصرف في الثمن الخ) اعلم أن التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك للحديث وهو معلول بغرر انفساخ العقد ولم يوجد هذا المعنى في الاثمان والديون قاله الاتقانى ثم قال وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف الموروث في الملك وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث اه

مكان

مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله (والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله) أى يجوز للمشترى أن يزيد في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد في المبيع ويلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشترى أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفى الزيادة ويملك المشترى المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقى من الحط وقال زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ألا ترى أن الزيادة في المهر لا تلتحق بأصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما ولاية ذلك ألا ترى أن لهما أن يجعلاه لازما باسقاط الخيار أو غير لازم باشتراطه بعد أن وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح ملتحق بأصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيأ ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صله لانه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدى الى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقى في الحط ويظهر أيضا في الشفعة حتى يأخذ بما بقى بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه ألا ترى أنه ينقض جميع تصرفات المشترى حتى الفسخ ويظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر أيضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبى يوسف وفي الحط يكون هبة مبتدأة ويظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن الحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا وأما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن الحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت أصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد فيصير

(قوله في المتن والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع) ذكر المصنف رحمه الله الزيادة في الثمن والحط منه والزيادة في المبيع وسكت عن الحط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال في المحيط اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع ربعه قبل القبض لم يجز لانه عين واسقاط العين لا يصح ولو اشترى قفيزا من صبرة ثم حط عنه ربعه قبل القبض جاز لانه دين واسقاط الدين يصح اه وكتب ما نصه ويشترط القبول في مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى افترقا بطلت وكذا الزيادة في المهر اه طرسوسى (قوله بتسليم ما بقى منه) أى الثمن بعد اه اتقانى (قوله وتظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى) أى وكذا اذا استحق يرجع على البائع بما بقى بعد الحط اه مستصفى

(قوله ثم الزيادة لاتصح الخ) والنصرانيان اذا تبايعا خمرا ثم أسلما لم تجز الزيادة فى الثمن لانه كالهالك فى حق المسلم اه اتقانى (قوله يثبت ثم يستند) أى ولم تثبت الزيادة لعدم مايقابلها اه (قوله وعلى هذا الخلاف فى الزيادة على مهر المرأة بعد موتها) أى وكذا بعد الطلاق البائن وبعد انقضاء عدتها فى الطلاق الرجعى اه أنفع الوسائل (قوله فى المتن وتأجيل كل دين غير القرض) قال فى المستصفى فان تأجيله لايصح حتى يثبت له ولاية المطالبة فى الحال اذا أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعده اه وكتب مانصه قال الطحاوى فى مختصره فى باب المضاربة ومن كان عليه دين من غير قرض فأخره الى أجل لزمه التأخير فصار كانه كان فى أصله مؤجلا وان كان من قرض لم يجز ذلك حالا اه وكتب أيضا مانصه قال فى شرح الاقطع قال زفر لايلتحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعى لانه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقانى (قوله فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح) أى ومجىء الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقانى (قوله جاز كما فى الكفالة) أى بخلاف البيع الى الحصاد والدياس والجذاذ فانه يفسد البيع لافضائه الى المنازعة وقد بينا ذلك فى آخر البيع الفاسد وهو المراد بقوله وقد ذكرناه من قبل اه اتقانى (قوله فان المعير اذا وقت) أى الى سنة اه مستصفى (قوله له أن يرجع فيه) أى من ساعته اه مستصفى وكتب مانصه والحيلة فى صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فانه يصح اه فصول العمادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى فى باب الكفالة من هذا الشرح أنه اذا تكفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر يتأجل على الاصل أيضا اه ومثله فى الكافى ولكن الشارح لم يذكر حيلة فى تأجيل القرض وكذا فى الكافى اه باب (قوله وعلى اعتبار الانتهاء لايجوز الخ) قال فى المستصفى وعلى اعتبار الانتهاء لايصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة والتأجيل انما يكون فى حالة البقاء فلهذا لايصح أو يقال ان بدل القرض فى الحكم كانه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشىء بجنسه نسيئة وأنه حرام واذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت فى العوارى غير لازم فكذا الاجل فى القرض ولو صححناه على معنى أنه يصير لازما لاخرجناه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض فى حكم عينه فيكون مبادلة الشىء بجنسه نسيئة وانه حرام وهذا الوجه أوجه اه

لها حصة من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشىء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال فى المحيط وفى رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها بأصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لاحالة الثبوت وذكر محمد فى المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشترى فى الثمن لم يجز لان الزيادة فى جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة فى الثمن والهلاك الحكمى ملحق بالهلاك الحقيقى وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد فى الثمن لايجوز لانه بتبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف فى الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلتحق الحط بأصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا أما اذا كان تبعا فلا يلتحق بأصل العقد حتى لو اشترى دارا بألف جياد فنقد زيوفا أو نبهرجة ورضى البائع بذلك فان الشفيع لا يأخذه الا بالجياد وكذا لو اشترى دارا بعبد فاعور ورضى به البائع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة فى المسلم فيه لانه معلوم حقيقة وانما جعل موجودا فى الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة فى المسلم فيه لاتدفع حاجته بل تزيد فى حاجته فلا يجوز وكذا لاتجوز الزيادة فى المنكوحة لان الشرع ماورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة قال رحمه الله (وتأجيل كل دين غير القرض) أى يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله أن يؤخره ألا ترى أنه يملك اسقاطها بالابراء فأولى أن يملك اسقاطها مؤقتا بالتأجيل ولو أجله الى أجل مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لايصح وان كانت يسيرة كالتأجيل الى الحصاد جاز كما فى الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفى دين القرض لايجوز التأجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كما فى سائر الديون ولنا أن القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لايملك التبرع كالصبى والولى والمكاتب والعبد المأذون له فى التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لايلزم التأجيل فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت له أن يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لايجوز التأجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لاسيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيها لصار التبرع ملزما على المتبرع وهو لايجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا أوصى بان يقرض فلان من ماله ألف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضى المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها مالا يتسامح فى غيرها لنظر الموصى ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

الربا اسم من ربا الشىء يربو اذا زاد والمصدر ربا اه عينى ذكر الربا وهو منهى عنه بقوله تعالى لاتأكلوا الربا بعدما ذكر أبواب البيع وهو مأمور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لان النهى يقفو الامر لان الامر طلب الايجاد والنهى طلب الاعدام واعدام الشىء يقتضى سابقة وجوده لامحالة اه اتقانى وكتب مانصه اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النساء فالاول فضل مال على القدر الشرعى وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس والثانى فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين فى المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس أو فى الجنس غير المكيلين والموزونين اه اتقانى وكتب أيضا على قوله باب الربا مانصه هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن فى كل منهما زيادة الا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وقصرها خطأ اه فتح (قوله وسمى المكان المرتفع ربوة) قال فى المصباح والربوة المكان المرتفع بضم الراء فى الاكثر والفتح لغة بنى تميم والكسر لغة اه (قوله والشعير بالشعير والتمر بالتمر) وتخصيص هذه الاشياء الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها اه كمال (قوله فى المتن وعلته) قال فى الهداية فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضى الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل اه قال الكمال وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ماليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليسا من أحوال الربا اه وكتب مانصه ثم اعلم أن الخبر المروى عن أبى سعيد وعبادة معلول أم لا قال القائسون بأجمعهم انه معلول لكنهم اختلفوا فى العلة فقال أصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم فى الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل وأثبتوه فى الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اه اتقانى رحمه الله وكتب أيضا مانصه وقال داود بن على ومن تابعه من أصحاب الظواهر ان الخبر غير معلول ولا يجرى الربا الا فى هذه الاشياء الستة المذكورة فى الخبر اه اتقانى قال الكمال قوله والحكم يعنى حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول باجماع القائسين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتى فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلانهم ينفون القياس وأما عثمان البتى فلانه يشترط فى القياس أن يقوم دليل فى كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما فى قوله خمس من الفواسق اه (قوله وعند الشافعى العلة الطعم بانفراده الخ) قال الاتقانى رحمه الله ثم فائدة الخلاف فى الفضل على ما قال فى التحفة تظهر فى موضعين أحدهما فى بيع مطعوم بجنسه غير مقدر كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عنده لوجود العلة وهى الطعم والثانى فى بيع مقدر غير مطعوم كبيع قفيز جص بقفيزى جص أو من حديد بمنوى حديد لا يجوز عندنا فى الجص لوجود علة ربا الفضل وهى الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهى الطعم وفى الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم وأجمعوا أنه اذا باع قفيز أرز بقفيزى أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وكذا أجمعوا أنه اذا باع منا من زعفران بمنوى زعفران أو منا من سكر بمنوى سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده اه (قوله والجنس شرط عندهم) أى لعمل العلة عملها لان الطعم والثمنية لاتعمل الا عند وجود الجنسية اه

باب الربا

قال رحمه الله (هو فضل مال بلا عوض فى معاوضة مال بمال) هذا فى الشرع وفى اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما آتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمى المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فما روى عن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه أبو داود وأحمد والترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء رواه البخارى وأحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية رواه أحمد وأجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده قال رحمه الله (وعلته القدر والجنس) يعنى بالقدر الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون وعند الشافعى العلة الطعم بانفراده فى المطعومات والثمنية بانفرادها فى الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت أسمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد ووجه الاستدلال به أن الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على أنه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن مأخذ الاشتقاق علة له كما فى قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكما فى قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد

السرقة ولزنا ولان قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخارى ومسلم لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان الابتداء بالنهى مشعر بان حرمة البيع أصل فيه والجواز معارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لاتبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كالبضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهى الطعم فى المطعومات لبقاء الانفس به والثمنية فى الاثمان لبقاء الاموال التى هى مناط مصالحها بها ولا أثر للجنسية والقدر فى زيادة العزة والخطر لوجودهما فى خطير وحقير لكن الحكم لايثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة أن العلة مؤثرة فى الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به أكمل فكان أنسب وأولى بالاعتبار ولنا ماروى عن عبادة وأنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ماوزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه الدارقطنى وجه التمسك به أنه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف أن ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية ما أخذ الاشتقاق منه لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس والذى يدل عليه حديث أبى سعيد وأبى هريرة فيما رواه البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال أ كل تمر خيبر هكذا فقال انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لاتفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال فى الميزان مثل ذلك أى فى الموزون اذ نفس الميزان ليس من أموال الربا وهو أقوى حجة فى علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما فى منعهما ذلك وكذا فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد ما يحل الصاع اذ لايجرى الربا فى نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زائد عليها الا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها فى هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فأوجبه صيانة لاموالهم عن التوى وتتميما للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا الحال خير من المؤجل فتفوت به التسوية وفائدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف فى المؤجل وهو المراد بقوله عليه الصلاة والسلام مثلا بمثل فعند فواته تلزم الحرمة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا فيعلل بعلة تؤثر فى ايجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لانا ماأوجبناه اذا التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى لاستوائهما فى المقصد ألا ترى أن كيلا من بر يساوى كيلا من أرز أو شعير فى الصورة ولا معتبر به لعدم ماقلنا ولا معتبر بالتفاوت فى الوصف لانه لايعد تفاوتا فى العادة ولانه قلما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوى فيه يؤدى الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من أشد الحاجات وأهمها فسنة الله تعالى فى مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخمصة للعاجة وكذا أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة فى دار الحرب لظنة الحاجة

(قوله أبى سعيد الخدرى) لفظ الخدرى ليس فى خط الشارح اه (قوله استعمل رجلا) يقال له سواد بن غزية اه (قوله فقال لاتفعل بع الجمع) قال فى المغرب والجمع الدقل لانه يجمع ويخلط من تمر خمسين نخلة وقيل كل لون من النخل لايعرف اسمه فهو جمع ثم غلب على التمر الردىء ومنه الحديث بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجنيب من أجود التمر اه وقال فى المغرب أيضا الدقل من أردأ التمر اه (قوله قال لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين) أى ولا الدينار بالدينارين اه غاية (قوله المراد ما يحل الصاع) أى ويجاوره مجازا اه اتقانى (قوله اذ لايجرى الربا فى نفس الصاع) أى لان بيع المكيال بمكيالين يجوز بالاجماع اه اتقانى (قوله فيتناول المطعوم وغيره) والدليل على فساد علته أنه يجوز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا مع وجود الطعم ويجوز عندهم بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الارض فيما دون خمسة أوسق وان كان مطعوما متفاضلا اه غاية (قوله وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زائد) وذلك اما الالف واللام أو لفظ الجمع أو الجنس اه من خط الشارح (قوله ولان المقصود) أى المقصود من قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة ايجاب التماثل لا ايجاب البيع اه (قوله صيانة لاموالهم عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خاليا عن العوض وفيه تلف الزائد فاشترط المماثلة حتى تصان أموال الناس واليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا أى الفضل على المتماثل ربا أى ان الذى نطق به القرآن بقوله وحرم الربا المراد به هذا الفضل اه اتقانى (قوله والطعم والاقتيات) هذا جواب عن متمسك الشافعى اه

عادة

عادة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه أكثر فتعليلهما بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد الوضع أن يشهد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضى خلاف ذلك الحكم فيضاده ولانسلم أن حرمة البيع أصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الآدمى فعلم بذلك أن قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص فى حالة التساوى وعلة الحرمة فى حالة التفاضل والشئ الواحد يتضمن حكمين متضادين فى محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل فى المنكوحة والحرمة فى أمهاتها فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوى وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لاغير فعلم بذلك أن ما لايكال ولا يوزن لايكون من الاموال الربوية وأن الاموال الربوية هى التى تكون من ذوات الامثال وما لايكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لايثبت بدون محله ولهذا قالوا لايجرى الربا فيما لايدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ماقلنا قال رحمه الله (فحرم الفضل والنساء بهما) أى بالجنس والقدر لما بينا أنهما علة الربا قال رحمه الله (والنساء فقط بأحدهما) أى حرم النساء وحل التفاضل بوجود أحدهما أما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى لقوله

(قوله ولانسلم أن حرمة البيع أصل الخ) قال الاتقانى رحمه الله عند قولهم واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لان الاصل فى البيع الحل لقوله تعالى وأحل الله البيع وانما الحرمة بعارض علة الربا وهى القدر والجنس فاذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا بالحل الاصلى اه (قوله كالحفنة من الحنطة الخ) والخمس حفنات والست حفنات اذا لم تبلغ نصف الصاع اه (قوله فى المتن فحرم الفضل الخ) قال الكمال رحمه الله وسائر الموزونات خلاف النقد لايجوز أن يسلم فى الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد فى قطن أو زيت فى جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا فى الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا فى الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلاف من الذهب والفضة فانه يجرى فيها ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة ولو رد أنه ينبغى أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير فى الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لايجوز قال الطحاوى ينبغى أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل اه (قوله والنساء) بالمد ليس غير اه كمال (قوله كالهروى بالهروى) قال الكمال وكذا اذا باع عبدا بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهرويين حاضرا جاز اه وكتب مانصه قال فى شرح الطحاوى انه اذا باع ثوبا هرويا بثوب هروى أو مرويا بمروى نسيئة لايجوز عندنا ويجوز عنده وكذا لو باع حيوانا بحيوان فهو على هذا الاختلاف وأجمعوا أن التفاضل يحل وكذلك اسلام المكيلات فى المكيلات والموزونات فى الموزونات نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم فى المطعوم نسيئة لايجوز كالحنطة فى الشعير وجوابه أن التقابض فى بيع الطعام شرط عندى ولم يوجد التقابض ففسد العقد بهذا الا لكونه نساء قال صاحب الايضاح وهذا خرق لاجماع الصحابة فانهم اتفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعى فى أن الجنس بانفراده لايحرم النساء ماروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن أشترى بعيرا ببعيرين الى أجل ولان حقيقة الفضل لاتحرم بالاجماع وهذا لايجوز بيع الواحد بالاثنين كالهروى بالهرويين والمروى بالمرويين فلان لاتحرم شبهة الفضل وهى فضل الحلول على النسيئة أولى وأحرى ولنا ماروى أبو داود فى السنن وقال حدثنا موسى بن اسمعيل قال حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولان الجنس أحد وصفى علة الربا فيعتبر فى تحريم النساء كالوصف الآخر ولهذا لايجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ولان الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فاذا وجدت علة حقيقية بوجود وصفى العلة تثبت حرمة الربا حقيقة واذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفى العلة تثبت شبهة الربا والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربا لان الشبهة فى باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفى علة الربا من القدر والجنس اذا وجد كان ذلك مال الربا من وجه لحصول التساوى بينهما من وجه اما ذاتا بالكيل أو معنى بالجنس والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى فيثبت به الربا من وجه لان الحكم يثبت بقدر العلة فيعتبر زعنه

والجواب عن الحديث قيل انه كان في دار الحرب وقد أخذه عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الربا اه
اتقاني (قوله ولان اجتماعهما حقيقة) أي القدر والجنس اه (قوله فيحرم بحقيقة العلة) وذلك بوجود وصفي العلة اه (قوله ويحرم
بشبهة العلة) وهي أحد وصفي العلة اه (قوله فلا يلزم المحظور) أي وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اه (قوله ان النقدان يوزنان
بالصنجات) أي والمثاقيل والزعفران وأمثاله بالامناء والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران
ونحوه يتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى والتصرف في النقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشترى دنانير
أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة وهذا اختلاف
بينهما حكما اه اتقاني (قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق اللف والنشر فقوله صورة يرجع الى أن القطن يوزن
بالامناء والنقدين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع الى قوله يتعينان بالتعيين وقوله وحكما يرجع الى قوله ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن اه
(قوله في المتن وحلا بعدمهما) كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالثوب الهروي بالمروي
والجوز بالبيض والحيوان بالثياب ويجوز (٨٨) نسيئة أيضا اه غاية (قوله وصح بيع المكيل كالبر والشعير الخ) اعلم أن ما كان مكيلا

عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح
مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد
وغيرهما من أئمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة
حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه يشبه
الفضل فليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شئ
منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان
كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه وان
لم يجمعهما جاز النساء أيضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان
بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من
الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال
من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في
رأس المال ولو لم يجز لكان رداله بالرأي وهو لا يجوز قال رحمه الله (وحلا بعدمهما) أي حل التفاضل
والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة تعارض فيجوز
مالم يثبت فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجري على اطلاقه فيما
لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح
والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا) أما بيع المكيل والموزون غير
المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا أحكامه وأما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شئ وقع عليه كيل

أو موزونا على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يتغير
أبدا عن ذلك بل يعتبر ما كان
مكيلا في عهده مكيلا ويشترط
فيه التساوي بالكيل
ولا يلتفت الى التساوي في
الوزن دون الكيل حتى
لو تساوى الحنطة بالحنطة
وزنا لا كيلا لم يجز وكذلك
الشعير بالشعير والتمر بالتمر
والملح بالملح وما كان موزونا
في عهده يعتبر موزونا أبدا
ولا يلتفت الى التساوي في
الكيل دون الوزن حتى
لو تساوى الذهب بالذهب
كيلا لا وزنا لم يجز وكذلك
الفضة بالفضة وذلك لان
طاعة النبي صلى الله عليه
وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله الرطل
حسن قال القدوري وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا المروي نا من الحديث وروي عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على
خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجريان العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك واذا تبدلت
العادة يرتفع بها وتترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الحنطة بالحنطة مع التساوي في الوزن دون الكيل لم يجز
عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوي في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وان كان العرف يجري بوزن الحنطة وكيل
الذهب اه اتقاني قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكمال لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع
والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص
حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي
المجتبى ثم يتبنى هذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز اه وقوله ولان حجية العرف
الخ فيه تأمل يجب تحريره اه اتق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال في الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اه

(قوله فيكون مجازفة فيبطل) أي المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدمت المساواة يثبت العقد ويثبت الملك للمشتري
بالقبض اه كافي في الاكراه اه (قوله لا يجوز بالاواقي) أي المقدر بالاواقي اه اق وكتب على قوله بالاواقي أي بالكيل الاواقي اه
(قوله اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا) ويمكن الجواب عنه بانه انما جاز بالكيل الاواقي (٨٩) دفعا للحرج فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر

الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستمسك الا في
وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالارطال والامناء فاكتفي به دفعا
للحرج فبقي موزونا على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله
لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير أواق سواء بسواء
لم يجز لانه باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا
مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضا ولا تأثير لكون المكيل معلوما
أو مجهولا في ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الاسبيجابي فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب الى الرطل
بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه
الا الوزن غير أنه يؤدي الى أنه لا يجوز بالاواقي أيضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا
الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل قال رحمه الله (وجيده كرديئه) يعني جيد مال الربا ورديئه سواء حتى
لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك فيما رويناه من حديث أبي سعيد
وأبي هريرة حين قال له الرجل انا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع
بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا قال
رحمه الله (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف) وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في
بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه أن يكون يدا بيد
ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق
بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء
رواه البخاري ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي
خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع
وان كان مما يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز أن
يراد به القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز
في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز
لا يجوز ولانه يؤدي الى تعاقب القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل وهذا لان المقبوض
مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه
اذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين
الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد
بما روي التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع
بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل
خلقته وهو الثمنية لان الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء
شبهة عدم التعين باعتبار الاصل اذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة قال رحمه الله (وصح بيع الحفنة
بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لان هذه الاشياء

بخلاف الكيل المجهول فانه
لا ضرورة فيه اه (قوله ولو
اعتبر لانسد باب البياعات)
وهو مفتوح لان الحنطة
لا تكون مثلا لحنطة أخرى
من كل وجه اه اتقاني
(قوله الا هاء وهاء) على وزن
هاع بمعنى خذ منه والقصر
خطأ اه اتقاني قال الكمال
وهاء ممدود من هاء وألف
وهمزة بوزن هاع مبني على
الفتح ومعناه خذ يعني هو
ربا الا فيما يقول كل منهما
لصاحبه خذ اه (قوله
بخلاف الصرف) لانه
لا يتعين الا بالقبض فيشترط
فيه ليتعين قال الاتقاني
رحمه الله ومعنى قوله عليه
الصلاة والسلام يدا بيد
عينا بعين بدليل ما روى
الطحاوي مسندا الى عبادة
ابن الصامت أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
لا تبيعوا الذهب بالذهب
ولا الورق بالورق ولا البر
بالبر ولا الشعير بالشعير
ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح
الا سواء بسواء عينا بعين
فعلم أن المراد من اليد باليد
التعين الا أن التعين في
الصرف لا يتحقق قبل
التقابض لما مر آنفا فلهذا

اشترط التقابض اه (قوله وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولانه اذا
لم يقبض في المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا بخلاف الحال
والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المعاملة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه وبغير جنسه اه (قوله في المتن وصح بيع
الحفنة) أي وهي مل ء الكفين اه مصباح وعند الشافعي لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم التخلص وهو المساواة اه اتقاني

وسيأتى فى كلام الشارح بمعناه اه وكتب على قوله والحفنة ما نصه قال فى الصحاح الحفنة مل الكفين من طعام أو غيره ومنه انما نحن حفنة من حفنات الله أى يسير بالاضافة الى ملكه ورحمته وحفنت الشئ اذا جرفته بكلتا يديك ولا يكون الا من الشئ اليابس كالدقيق والرمل ونحوه اه وفى النهاية لابن الاثير فى حديث أبى بكر رضى الله عنه انما نحن حفنة من حفنات الله أراد أنا على كثرتنا يوم القيامة قليل عند الله كالحفنة وهى مل الكف وقال الاتقانى الحفنة مل الكف اه (قوله ولهذا يضمن بالقيمة الخ) هذا ايضاح لقوله لان هذه الاشياء الخ اه يعنى أن الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما فى سائر المكيلات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغى أن يكون فى العددى المتفاوت لا فى المتقارب ألا ترى أن فخر الاسلام قال فى شرح الجامع الصغير ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة فى ضمان العدوان وكذا سائر هذا الجملة يعنى أن التمرة مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك فى حكم الربا لان الجوز ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة المتفاوت الا أن الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت فقبل ذلك فى حقهم وهو ضمان العدوان فاما فى حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا اه غاية البيان قول الشارح رحمه الله ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا قال الكمال رحمه الله ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الا أن يأخذ عينها (٩٠) أخذها ولا شئ له فى مقابلة الفساد الذى حصل لها وعند الشافعى لما كانت علة الربا الطعم حرم الحفنة والتفاحة بتفاحتين وقالوا ما دون نصف صاع فى حكم الحفنة لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفى جمع التفاريق قيل لا رواية فى الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما فى ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وبالله التوفيق اه قوله لانه لا تقدير فيه فى الشرع بما دونه وجاء التقدير بنصف صاع فى صدقة الفطر قال فى الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع اه غاية (قوله فى المتن والفلس بالفلسين بأعيانهما) قيل الضمير يرجع الى الفلسين لان الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اه (قوله وقال محمد لا يجوز) قال الكمال وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اه (قوله بخلاف جنسها) كما اذا اشترى فاكهة بفلوس اه اتقانى (قوله لا يتعين كالدراهم) فكذا اذا قوبل بجنسه اه اتقانى (قوله ولا يفسد البيع بهلاكها) هذا لا يلزم أبا حنيفة لان البيع يفسد عنده وانما يمشى على مذهب أبى يوسف اه شيخنا (قوله فلا تبطل باصطلاحهما) لانه نسخ للاجماع بالآحاد فلا يجوز اه اتقانى (قوله فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله) وهذا على تقدير أن رضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اه فتح (قوله ولهما أن الفلوس ليست بأثمان) والاصل فى الفلس أن يكون مثمنا لانه نحاس اه اتقانى (قوله بخلاف الدراهم والدنانير) لان ثمنيتهما بأصل الخلقة

ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام أحد شطريها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه فى الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون نصف الصاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز الامتلاء عثل لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعى لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت قال رحمه الله (والفلس بالفلسين بأعيانهما) أى البدلان بأعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له أن يعطى غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين يؤدى الى الربا أو يحتمله بان أخذ بائع الفلس الفلسين أولا فيرد أحدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلسين الفلس أولا ثم يضم اليه فلسا آخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كان بغير أعيانهما أو أحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان خلقة وانما كان ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتهما بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدى الى الربا

بخلاف

قال الاتقانى رحمه الله وأما بيع الفلس بالفلسين فهو على وجوه اما ان كانا دينين أو عينين أو أحدهما دينا فان كان أحدهما دينا لا يجوز لان الجنس يحرم النساء وكذلك اذا كانا دينين لهذا المعنى ولان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وان كان كل منهما عينا جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وقال محمد والشافعى لا يجوز وقالوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو هلك ينتقض العقد ولو أراد أن يعطى غيره لا يجوز وقال محمد لا يتعين اه واستفيد منه أن صور بيع الفلس بالفلسين أربع الاولى أن يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما الثانية أن يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير أعيانهما الثالثة أن يبيع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه الرابعة أن يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما وهذه الصورة فيها خلاف والصور الثلاثة لا خلاف فى عدم جوازها والله الموفق (قوله بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما الخ) قال الاتقانى بخلاف ما اذا كانا غير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لانه كالئ بكالئ وهو حرام لنهى النبى صلى الله عليه وسلم وكذا اذا كان أحدهما غير عين لان الجنس يحرم النساء اه (قوله لان اصطلاحهما على العدباق) اذ فى نقضه فى حق العد فساد العقد وهما قصدا صحة العقد لا فساده (٩١) ولا صحة للعقد الا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فاذا عاد مثمنا جاز بيع الواحد بالاثنين لان العددى اذا لم يكن ثمنا جاز بيعه كذلك كالثوب بالثوبين والجوزة بالجوزتين اه هداية وشرحها للاتقانى (قوله لان العلة المستنبطة لا تعتبر فى محل النص) لان القياس حجة ضرورية يصير اليه عند تعذر العمل بالمنقول الى شبهه فى الفرع ولا حاجة اليه فى الاصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح اه (قوله ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة) ومعنى القاصرة أن لا تتعدى العلة الى الفرع بأن لا توجد تلك العلة الا فى الاصل كتعليل الشافعى بالثمنية مثلا اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه) بأن باع لحم الشاة بالشاة اه أما اذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عينا بعين عندنا اه اتقانى وقوله من خلاف جنسه بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اه وقوله جاز أى بالاتفاق اه (قوله والزائد بالسقط) قال الكمال والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع اه (قوله لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان) فعلى هذا ينبغى أن لا يجوز مطلقا اه (قوله ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة) لا يلزم من عدم جوازه نسيئة أن لا يجوز متفاضلا كالبر والشعير اه قال فى الهداية ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وأبى يوسف قال الكمال سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما فى الحيوان أم لا يشترط التعيين أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم فى الحيوان واللحم اه (قوله ولهما أنه بيع المعدود الخ) قال الرازى رحمه الله ولنا أنه باع موزونا بغير موزون فيصح كيفما كان والنهى محمول على ما اذا كان أحدهما نسيئة ولهذا قيد به فى رواية اه (قوله ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر) فعلم أن الحى مع الجماد جنسان اه فتح

بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لانه يؤدى الى الربا على ما بينا فان قيل اذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى أصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شئ معدود لا يكون ثمنا ألا ترى أن الاوانى من النحاس أو نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت فى اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف أن المعتبر فى كونه موزونا أو مكيلا فى غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر فى محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد موزونا فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجرى فيها أحكام الاثمان فى حقهما فكذا لا تكون عروضا أيضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولرأى الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف رأى الكل قال رحمه الله (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر مما فى الحيوان ليكون قدره مقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه فى الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما أنه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هى معلقة بفعل شرعى وهو الذكاة ألا ترى أنه لا ينتفع بما ينتفع باللحم فصار جنسا آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أى بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه بالحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز

(قوله لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه) أي سواء كان اللحم أو الحيوان اه (قوله ولو كان المذبوح غير مسلوخ الخ) قال في شرح الطحاوي ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بالمذبوحة غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا أما على قولهما فلا يشكل لانه لو اشتراها باللحم يجوز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها بازاء سقط الاخرى فلا يؤدي الى الربا فيجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله ولو باع القطن بغزله) قال في الهداية واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع اه قال الاتقاني قوله واختلفوا في القطن بغزله أي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لان القطن ينقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق اه (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر) ليكون الزائد مقابل الحب اه (قوله والعنب بالزبيب الخ)

وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي اه فتح (قوله فالمذكور هنا قول أبي حنيفة) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اه فتح قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة بيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز وقال الباقون من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز اه اتقاني (قوله وقالا لا يجوز) والشافعي ومالك وأحمد اه فتح (قوله وهو ما بعد الجفاف) ولم يوجد ذلك في بيع الرطب بالتمر اه (قوله والرطب تمر) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل جائز وكذا الرطب

بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب أن يجوز عنده أيضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الآخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى قال رحمه الله (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا أو قطنا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا وقال أبو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر وان كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء قال رحمه الله (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) يعني متماثلا أيضا أما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص اذا جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فأفسد البيع وأشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز لتفاوت بعد الطحن وله قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على أنه تمر ما روي أنه صلى الله عليه وسلم حين أهدي اليه رطب قال أوكل تمر خيبر هكذا وروي أنه عليه السلام نهى عن بيع الثمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال يحمر وهو اسم له من أول ما ينعقد الى أن يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه بأول

بالتمر الا أن الرطب اختص باسم خاص كالبرني اه اتقاني (قوله حين أهدي اليه رطب الخ) قال الاتقاني فيه نظر لان الحديث الهدية كانت تمرا ألا ترى الى ما حدث مالك في الموطأ عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاء بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا قال صاحب الفائق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنيب لون منه جيد وكانوا يبتاعون صاعين من الجمع بصاع من الجنيب فقال ذلك تنبيها لهم على الربا اه (قوله قال أوكل تمر خيبر هكذا) فسماه أي الرطب تمرا اه فتح (قوله وروي أنه عليه السلام نهى عن بيع الثمر) فيه نظر اذ الثمرة أعم من التمر اه (قوله ولانه ان كان تمرا الخ) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله ضعيف عند النقلة اه

(قوله وان كان غير تمر فبآخره) وهذا الترديد حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم لكن الحجة لا تتم به لجواز أن يكون ثم قسم آخر اه من خط الشارح (قوله ألا ترى أنه) أي الوصي اه (قوله وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز اه كمال قال في الهداية وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف قال الاتقاني يعني كما يجوز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا عند أبي حنيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عنده اذا تساويا كيلا وعندهما لا يجوز بيع العنب بالزبيب تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوي اه (قوله وقيل لا يجوز بالاتفاق) كالحنطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله وأما بيع الرطب بالرطب) قال الكمال وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا اه قال الاتقاني نقلا عن التقريب وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كما في الرطب بالرطب وأما البسر بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلا بمثل وقالا لا يجوز اه (قوله فلما روينا أن اسم التمر) الذي بخط الشارح لان اسم التمر اه (قوله بخلاف الكفرى) قال الاتقاني الكفرى مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى كافورا وكفرى كذا قاله ابن دريد وقيل انما سمي به لانه يستر ما في جوفه اه ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفرى بوجهين فتح الفاء وضمها وتبعه المرادي وحكى البصري تثليث الفاء اه (قوله لانه ليس بتمر لان اسم

التمر يطلق عليه الخ) قال الكمال وهذا الاسم أعني التمر له من أول ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة من بيع الرطب بالتمر فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما اذا حلف لا يأكل تمرا فأكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد

الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيأ وما رواه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على أن السائل كان وصيا في مال يتيم أو وليا الصغير فلم ير صلى الله عليه وسلم بهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر ألا ترى أنه منع من بيع الجيد بالردئ من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه ما بينا من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل كذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ما تنعقد صورته لا قبله وهو عددي متفاوت وهو أول ما ينشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ولتفاوته فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة بحنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا أو زبيبا منقعا بتمر مثله أو بزبيب مثله أو باليابس منهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز شئ من ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع

ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله من أول ما تنعقد صورته لا قبله) ولهذا لو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا يحنث في يمينه مع أن مبنى الايمان على العرف ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما اذا أكل طلعا لم يبد صلاحه فلم يحنث في يمينه فان قلت لو حلف لا يأكل تمرا فأكل بسرا لا يحنث في يمينه فعلم أن التمر ليس باسم لثمر النخل من حين ما يبدو صلاحها الى أن ينتهي قلت منعه علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال بل يحنث عندنا اه اتقاني قال الكمال وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا أنه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لا يحنث لان مبناها على العرف اه (قوله وكذا لو باع تمرا منقعا) قالوا انه بفتح القاف مخففا من أنقع الزبيب في الخابية اذا ألقاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد وعليه بيت المنظومة في باب محمد اه اتقاني (قوله جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) أي اذا تساويا كيلا اه غاية (قوله وقال محمد لا يجوز شئ من ذلك) قال في خلاصة الفتاوى قال شمس الائمة الحلواني الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اه (قوله لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال) وهو بعد اليبس كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد اه اتقاني والحاصل أن محمدا يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حالة الجفاف الا أن في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال لان التفاوت ثمة انما يكون بعد ما يكون الرطب شيأ آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والحنطة المبلولة أو الزبيب المنقع أو

التمر المنقع بعد الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت فى المعقود عليه اه (قوله على الاسم الذى عقد عليه) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف اه اتقانى (قوله فى المتن واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اه اتقانى نقلا عن شرح الطحاوى اه (قوله ولبن البقر والغنم) أى بعضها ببعض متفاضلا نقدا لا نسيئة اه (قوله وخل الدقل) بفتحتين اه وانما خص خل الدقل وهو نوع من أردأ التمر اجراء للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم فى كل تمر كذلك اه غاية (قوله بخل العنب) كيف كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اه (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز) قال فى الهداية وعن الشافعى قال الاتقانى قال فى وجيزهم وفى لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة لتفاوت المعنى وان اتحد الاسم اه (قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود) وهو التغذى والتقوى اه اتقانى (قوله وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة) كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الابل ولحم الدجاج اه (قوله ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن) فشعر المعز وصوف الضأن جنسان بخلاف لحمهما ولبنهما اه (قوله وانما جعل الشعر والصوف جنسين) وان كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهذا يتخذ من الصوف الثاقة واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ ونحو ذلك اه قال الاتقانى وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اه (قوله لانه بالتبدل تختلف المقاصد) قال الكمال ومن الاختلاف فى الصفة ما قدمنا من جواز بيع اناءى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة اه (قوله أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا) قال الكمال واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فيمتنع النسيئة كما فى المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب جعلوا الرائحة فيها بازاء الزيادة على الرطل اه (قوله وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض الخ) قال الكمال وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغى أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن عادة فى ديار مصر بعظمه اه

المبلول ونحوه بمثله حيث أجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفى الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه وفى الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة فى الحال وكذا أبو يوسف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشعير على أى صفة كان الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل فى بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما روينا من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل قال رحمه الله (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب) وقال الشافعى لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض فى الزكاة وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود أيضا مختلف فبعض الناس يرغب فى بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر فى الاتحاد فى المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شئ بشئ أصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما أو لحم العراب والبخاتى حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم أحدهما الى الآخر فى تكميل النصاب فى الزكاة فكذا أجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن أو لم يتبدل بالصنعة لان بالتبدل تختلف المقاصد ولهذا أجاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو بتبدل

الصنعة

(قوله فى المتن وشحم البطن بالالية أو باللحم) قال الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى ولو باع لحوم الشاة بشحومها أو بالياتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اه قال الكمال وأما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لا نسيئة لانه لم يضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز اه (قوله فى المتن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) أى نقدا لا نسيئة الا اذا كانت الحنطة أو الدقيق نسيئة فانه يجوز حينئذ اه (قوله حتى خرج من أن يكون مكيلا) أى وصار وزنيا أو عدديا اه غاية قوله وزنيا أى عند أبى يوسف وقوله أو عدديا عند محمد اه (قوله وان كان الخبز هو المتأخر) قال فى الهداية وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبى يوسف رحمه الله وعليه الفتوى اه (قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا) قال فى الاختيار وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم اليه اه وقال ابن فرشتا وعليه الفتوى اه قال الاتقانى وروى عن محمد أنه يجوز وزنا وعددا وقال ثلاث من الدناءة استقراض الخبز وزنا والجلوس فى دكان الحجام والنظر فى مرآته اه ثم قال الاتقانى بعد أوراق وعند محمد يجوز عددا ووزنا كذا ذكر قول محمد فى شرح الطحاوى والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الولوالجى وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الولوالجى وكأن محمدا ترك القياس فى جواز استقراضه عددا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف فى جواز الاستصناع اه (قوله وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان آحاده تتفاوت) قال الكمال ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وعنهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن اه (قوله فى المتن لا بيع البر بالدقيق) أى لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة ولا بسويقها اه اتقانى وقوله ولا بسويقها أما بسويق الشعير فيجوز اه فتح (قوله والآخر أجزاؤه) عبارة الكافى وفى الآخر أجزاؤه اه (قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسو لهما) قال الكمال فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الحنطة الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤبدة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو ثم قال الكمال وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك اه (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا) قال فى خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وقال فى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة اه غاية قال الاتقانى وجملة هذه المسائل على ما قال فى شرح الطحاوى على ثلاثة أوجه فى وجه يجوز البيع اذا تساويا فى الكيل وفى وجه لا يجوز البيع تساويا فى الكيل أو تفاضلا وفى وجه اختلفوا فيه أما الوجه الذى يجوز به البيع اذا تساويا فى الكيل وهو أنهما اذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان أو حديثتان أو احداهما عتيقة والاخرى حديثة وكذلك اذا

الصنعة قال رحمه الله (وشحم البطن بالالية أو باللحم) يعنى يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال رحمه الله (والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة المجانسة فى الحال ولا يعرف التساوى بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالحنطة والاول أصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هى المتأخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر أو السلم فيه فلا يجوز عند أبى حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج وأما عندهما فقد ذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط أنه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفى الكافى ان ابن رستم ذكر فى نوادره أن على قول أبى حنيفة ومحمد لا يصح السلم فى الخبز وعلى قول أبى يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند أبى حنيفة لما ذكرنا فى السلم بل أولى لان باب السلم أوسع حتى جاز السلم فى الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان آحاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال رحمه الله (لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق) يعنى لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا لان أحدهما بر والآخر أجزاؤه أو أحدهما دقيق والآخر أجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة تكفى لثبوت حرمة الربا كما فى دهن السمسم مع السمسم غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسو لهما ألا ترى أن البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة فى الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسو لهما فأمكن التساوى بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل

تبايعا حنطة مقلية بمقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا فى الكيل فانه يجوز وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا وكذلك اذا تبايعا تمرا بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والآخر عتيق وتساويا فى الكيل فانه يجوز بالاجماع وكذلك اذا تبايعا عنبا بعنب أو زبيبا بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات اذا بيع بجنسه وأما الوجه الذى لا يجوز تساويا فى الكيل أو تفاضلا فهو أنهما اذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمرا مطبوخا بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا أو تفاضلا وأما الوجه الذى اختلفوا فيه فهو أنهما اذا تبايعا تمرا برطب أو رطبا بيسر أو عنبا بزبيب فتساويا فى الكيل يجوز فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا وبيع (٩٦)

وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما فى البر بالبر وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبى حنيفة وقالا يجوز كيفما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابى حنيفة أنهما جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوى وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزآن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنساله كأصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بيناه وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس ألا ترى أن بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسم) أى لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما فى الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما فى ضمنهما وان اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذى فى الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالى عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم فى الربا كالمتحقق ألا ترى الى ما روى عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائى وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الربا والريبة وهى شبهة الربا وقال ابن مسعود كان ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضى الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل على هذا ينبغى أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى فى المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شئ لثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب أو تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما فى التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شئ حتى لو جعل فسد لربا الفضل قال رحمه الله (ويستقرض الخبز

الكفرى بالبسر أو الرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالاجماع لان الكفرى عددى اه مع حذف (قوله انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين) قال الكمال وهو حسن اه (قوله ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق) والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اه اتقانى وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك فى جوازه اه كمال (قوله وقالا يجوز كيفما كان لانهما جنسان) أى دقيق الحنطة وسويقها اه فتح (قوله مختلفان) أى وان رجعا الى أصل واحد اه فتح (قوله لاختلاف الاسم) أى والهيئة اه غاية (قوله وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية) أى فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز اه فتح (قوله وكالبر العلك مع المسوس) قال الاتقانى والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين المضغة والحنطة المسوسة أى المدودة يقال سوس الطعام اذا دود من السوس وهو الدود وقال الكمال العلكة أى الجيدة السالمة من السوس ومسوسة بكسر الواو كأنها هى سوست أى أدخلت السوس فيها اه (قوله وبيع المقلية بالمقلية) قال الكمال فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره فى الذخيرة وقيل لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى اه قال الاتقانى يقال حنطة مقلية من قلى يقلى ومقلوة من قلا يقلو فهما لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عدم من طعن على أصحابنا فى استعمالهم بالياء مخطئا اه

(قوله وان كان عليه دين لا يجوز) أى لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على العبد دين اه اتقانى (قوله وعندهما) وان كان المولى يملك ما فى يده ولكن تعلق الخ اه (قوله الا أنه اذا أخذ) أى السيد اه (قوله وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا) المسلم الذى دخل دار الحرب بامان اذا باع درهما بدرهمين أو باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال يحل عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف اه غاية (قوله ولان مالهم مباح) أى أهل الحرب اه

﴿ باب الحقوق ﴾

أى حقوق المبيع اه قال الكمال محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (٩٧) قال الاتقانى ولكن المصنف لما اتبع وضع

وزنا لا عددا) وهذا عند أبى يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبى حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا ربا بين المولى وعبده) لانه وما فى يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس بملك المولى عند أبى حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط فى كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين لان له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض بعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذا بهذا الطريق الا أنه اذا أخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد لانه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر فى حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال رحمه الله (وبين الحربى والمسلم ثمة) أى لا ربا بينهما فى دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا فى دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى لا يجوز لان المسلم التزم بالامان أن لا يملك أموالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما فى أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذه برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تأثير الامان فى تحصيل التراضى دون التملك فكان الملك فى حق الحربى زائلا بالتجارة كما رضى به وفى حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستأمن منهم فى دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند أبى حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف فى موضعه

﴿ باب الحقوق ﴾

قال رحمه الله (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل الا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف) أى لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل لا يدخل الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وبشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيأ من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص

الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضا اه (قوله فى المتن العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق الخ) قال فى الهداية ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشتريه بكل حق له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف اه قال الاتقانى قال شمس الائمة فى شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن الى هنا لفظ شمس الائمة رحمه الله والجواب فى ذلك أن العلو لا يدخل فى شراء البيت وان ذكر الحقوق الا اذا ذكر اسم العلو صريحا لان البيت اسم خاص لمسقف واحد يبات فيه والعلو فى ذلك مثل السفل والشئ يستتبع دونه لا مثله أو فوقه والعلو يدخل فى شراء المنزل اذا ذكر الحقوق أو المرافق أو كل قليل وكثير أو اسمه الخاص والا فلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها بالليل ونهارا والعلو فى النزول كالسفل الا أنه دونه فى احتمال السكنى فكان أصلا من وجه تابعا من وجه فان ذكره أو ذكر اسم التبع دخل والا فلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق لان العلو من جملة ما أدير الحوائط اه (قوله الا الخ) أى الا باحدى عبارات ثلاث اه (قوله وان قال الخ) هذه احدى العبارات الثلاث اه (قوله لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة) فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليز اه كمال (قوله والشئ لا يكون تبعا لمثله) قال الكمال أو ما هو دونه أو رد المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده

وأجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما ملك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكتسابه اه (قوله والمنزل بين الدار والبيت) منزلة بين المنزلتين وهى الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجرى مجرى ذلك اه اتقانى (قوله وفى عرفنا يدخل العلو) أى فى الفصول كلها لان فى عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد اه اتقانى (قوله وانما يدخل الكنيف الخ) قال فى الهداية وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه اه قال الكمال الكنيف هو المستراح اه (قوله ويدخل بئر الماء والاشجار فى صحنها والبستان فيها لما ذكرنا) قال قاضيخان ولو اشترى دارا فيها بستان يدخل البستان فى البيع صغيرا كان البستان أو كبيرا وان كان البستان خارجا من الدار لا يدخل البستان فى البيع وان كان له باب فى الدار كذا قال أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان البستان أصغر من الدار ومفتحها الى الدار يدخل فى بيع الدار وان كان البستان أكبر من الدار لا يدخل فى بيع الدار والمسئلة مرت فى باب اليمين فى الخروج والدخول اه (قوله فى المتن لا الظلة الخ) والظلة هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار (٩٨) المبيعة اه اتقانى وكمال (قوله اذا كان مفتحها فى الدار) قال قاضيخان وان لم يكن مفتحها فى الدار لا تدخل الظلة فى

عليه والدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر فى الكافى ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان كبيرا أو صغيرا فكأنه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام فى مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف أهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل بئر الماء والاشجار فى صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها قال رحمه الله (لا الظلة الا بكل حق) أى لا تدخل الظلة فى بيع الدار الا اذا قال بكل حق أو نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما تدخل من غير ذكر شىء مما ذكرنا اذا كان مفتحها فى الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابى حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار أحد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على شىء آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملا بالشبهين قال رحمه الله (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة) أى لا تدخل هذه الاشياء فى بيع الارض أو المسكن الا بذكر كل حق أو نحوه

الدار لا تدخل الظلة فى بيع الدار فى قولهم الا بذكر الظلة اه (قوله لانهما من توابع الدار كالعلو والكنيف) ولهذا لو حلف لا يدخل الدار فدخلها يحنث اه محيط (قوله من حيث ان قرار طرفها الآخر على شىء آخر) اما جدار الجار أو اسطوانات اه (قوله فى المتن ولا يدخل الطريق والمسيل) قال العينى وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره والشرب بكسر الشين وهو النصيب من الماء اه (قوله الا بنحو كل حق الخ) أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه اه (قوله الا بذكر كل حق أو نحوه) قال الكمال

فان المقصود فى الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها اعيانا بل اما للتجارة أو ليتجر فيها أو يأخذ بعضها فلم يتعين فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبخة ولا يصح اجارة ذلك وفى الكافى ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح اه قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يشترى البيت فى الدار أو المنزل فى الدار أو المسكن فى الدار قال لا يكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هو له أو مرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك لان الطريق خارج عن الحدود الا أنه من التوابع فلا جرم لم يدخل من غير ذكر وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف اجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الارض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر لان المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الاشياء والبيع ليس كذلك لان المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من غراته ولهذا يجوز بيع الجحش الصغير الذى لا ينتفع به فى الحال ويجوز بيع الارض السبخة لعدم الانتفاع قال الامام فخر الدين قاضيخان واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل بذكر الحقوق وان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لا يستحق الطريق

بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اه قال الكمال رحمه الله قوله ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا فيها أو مسكنا فيها لم يكن له الطريق فى هذه الدار الى ذلك المشترى الا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفى المحيط المراد الطريق الخاص فى ملك انسان فأما طريقها الى سكة غير نافذة والى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء أو القاء الثلج فى ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضى أن الطريق الذى فى هذه الدار يدخل وهو غير ما فى الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبى الا بذكره اه (قوله بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها) أى هذه الاشياء اذا استأجر دارا أو أرضا اه عينى (قوله فيما لا يمكن الانتفاع به) كالمهر والارض السبخة اه (قوله ولو اشترى رحى) وكذلك لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه اه قاضيخان

بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل فى البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشترى المبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به وقد يشترى الطريق بعد ما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا لغير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة الا بهذه الاشياء فوجب دخولها فيها تحصيلا لها ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء ولو اشترى رحى يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبناء وكذا الاعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار

﴿باب الاستحقاق﴾

قال رحمه الله (البينة حجة متعدية لا الاقرار) لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضى وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله (والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق) لان القاضى

هو طلب الحق اه ع قال الاتقانى ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظا ومعنى اه قال الكمال حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه اه (قوله فى المتن البينة حجة متعدية الخ) قال العينى وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار اليه بقوله مبيعة الخ ومنها أنه اذا اشترى عبدا ثم ظهر له مستحق بالبينة فانه يرجع على البائع بالثمن لانه يثبت بها الملك من الاصل فيتعدى الى الكل ولو أقر به المشترى لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره قاصر عليه فيثبت بها الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته فلا يظهر الاستحقاق فى حقه بالرجوع بالثمن على البائع اه (قوله فى المتن والتناقض يمنع دعوى الملك) قال العينى وهذا أيضا أصل لفروع كثيرة وموضعها فى كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره فى الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا تسمع دعواه لانه متناقض فى كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه فطلب ميراثه وقال هو أخى لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا فى يدى انسان انه لفلان وكلنى بالخصومة فيها ثم ادعى انه له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انه له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اه (قوله فى المتن والتناقض يمنع الخ) انما يمنع التناقض فى دعوى الاعتاق والتدبير من قبل العتيق أما لو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى انه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يمنع لان الانسان لا يخفى عليه فعله ويأتى فى باب دعوى النسب اه يحيى (قوله لا الحرية والنسب) أى لا يمنع

التناقض دعوى الحرية قال العيني كالمكاتب اذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لانه أمر يجري فيه الخفاء لانه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع أيضا دعوى الطلاق كالمرأة اذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا في الفتاوى الظهيرية مسئلة وهي أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم ما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم ما صنع الاب فادعى الدار على المشتري وقال ان أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام بينة على ذلك فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعي انك متناقض في هذه الدعوى لان استئجارك الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح أن هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرنا ولا يمنع دعوى النسب كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثاني وذلك لان النسب ينبني على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض اه ما قاله العيني رحمه الله تعالى (قوله في المتن مبيعة ولدت فاستحقت) هذا هو الثابت في نسخ المتن (١٠٠) وفي خط الشارح مبيعة استحقت اه وقوله ولدت أي في يد المشتري لا منه اه

(قوله وان أقر بها الرجل لا) فلو أقام المشتري بينة بعد ذلك على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بينته ينظر في كلام الشارح عند قوله ولو باع عبد غيره بغير أمره نقلا عن الزيادات فليراجع اه (قوله والفرق أن البينة حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه اه فتح (قوله مبينة) أي لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به اه فتح (قوله فيثبت بها الملك من الاصل) قال الكمال فالولد كان متصلا في الزمان الذي يصح عليه اظهار البينة الملك فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي أن لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي أنه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق يقضى بالبينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت على الاخير أنها حرة الاصل حيث يرجعون اه فتح (قوله فلا يظهر الاستحقاق في حقه) أي في حق الولد اه (قوله ثم قيل) أي في صورة الاستحقاق اه قال الكمال واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير مقضيا به اه (قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم) وكذا لو كان الولد في يد رجل آخر غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد اه اتقاني قال الكمال وكذلك اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل تحت القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اه (قوله في المتن قال عبد لمشتر) أي لرجل يطلب شراءه عبد اه (قوله فانا عبد) أي لفلان اه (قوله فاشتراه) أي بناء على كلامه اه (قوله فاذا هو حر) أي ببينة أقامها اه كمال وقوله فاذا هو حر قال الاتقاني غير منون لانها اذا للمفاجأة ومعناه أن العبد وجد حر الاصل ببينة أقيمت عليه اه (قوله أو غائبا غيبة معروفة) يعني يدري أين هو اه (قوله فلا شيء على العبد) أي لا وجود من عليه الحق وهو البائع اه (قوله ولا يرجع) أي وان لم يدر البائع أين

لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا غير أن الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب ينبني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله (مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان أقر بها لرجل لا) والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشاء الملك للحال فيصلح اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم به للمستحق ان لم يكن مالكه قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء له بالولد وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف بالزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية أن الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال رحمه الله (وان قال عبد لمشتر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شيء على العبد والا رجع المشتري

هو اه عيني (قوله والعبد على البائع) وانما لا يرجع على العبد اذا كان المولى حاضرا للتمكن من الرجوع على القابض اه (قوله وعن أبي يوسف) أي في غير ظاهر الرواية اه (قوله لان ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اه (قوله أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك) فانه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الامام التمرتاشي في الجامع الصغير فالرجوع (١٠١) مقيد بقيدين قوله اشترني وقوله اني عبد اه

(قوله لا يختلف بين أن يكون حاضرا) أي المضمون عنه عليه اه (قوله أنه لم يوجد منه) أي من العبد اه (قوله كما اذا كان ذلك من الاجنبي) بان قال الاجنبي اشتره فانه عبد فظهر حرا لا يلزم الاجنبي شيء اه (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ان الاخبار كاذبا لا يوجب الضمان اه (قوله رجعوا عليه بقيمته) أي بقيمة العبد اه فتح (قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة) أي فلم يقتض سلامة العوض اه اتقاني قال الكمال بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تقديرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لا يضمن وكذا لو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق عند الله عذابا لا يطاق اه (قوله على البائع) هو الصواب وفي خط الشارح على الآمر اه (قوله فلا يكون متبرعا الخ) قال الكمال بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به اه (قوله والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى) وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد تناقض لا محالة اه اتقاني (قوله بان الوضع) أي وضع المسئلة اه (قوله والدعوى فيها ليست بشرط عنده) أي كقولهما في دعوى الحرية مطلقا اه كمال (قوله لتضمنها) أي الدعوى اه

على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن) يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول أيضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترني أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كالرهن يحققه أنه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن أو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما أقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حرية الاصل وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة ألا ترى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالاكل والسلوك أو كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وأمر الاجنبي لا يعبأ به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترني أو قال أنا عبد ولم يزد عليه لان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البائع لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسئلة على قول أبي حنيفة فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض فيه أما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو اسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض وأما في العتق

(قوله كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع) يقبل ذلك منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم اه غاية وقوله طلقها ثلاثا انما قيد بالثلاث لان فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما فى الثلاث فلا يمكن اه (قوله وكالمكاتب اذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة) أى تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض لخفائه فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهى أصل فى الاستحقاق وهى رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه وجاء مستحق فقال هذا القميص لى وأثبته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه فى الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان فالاصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشترى بعدما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراه منذ شهرين فأقام رجل بينة أنه له منذ شهرين يقضى له بها ولا يرجع هو على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة أنه له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لى يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها يرجع المشترى على بائعه (١٠٢) لان هذا استحقاق عين الشاة اه كمال قال الناطفى فى كتاب الاجناس رجل باع غلاما وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله وهو عبد ذكره فى اقرار الاصل وقد زاد فى مختصر الطحاوى وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذلك اقرار منه بالرق الى هنا لفظ الاجناس فى البيوع اه اتقانى رحمه الله رجل اشترى جارية وباعها من غيره فتداولتها الايدى فادعت عند المشترى الرابع انها حرة فردها الرابع على الثالث بقولها والثالث على الثانى وأبى البائع الاول أن يقبلها قالوا ان كانت الجارية ادعت العتق فله أن لا يقبل من الجارية قولها وان ادعت انها حرة الاصل وقد انقادت للبيع والتسليم بان بيعت وسلمت للمشترى وهى ساكتة فللبائع أيضا أن لا يقبلها لان انقيادها على هذا الوجه بمنزلة الاقرار بالرق ولو أقرت بالرق ثم ادعت العتق لا يقبل قولها الا ببينة وان أنكرت البيع والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لانه اذا لم تقر بالرق كان القول قولها فى الحرية وكان للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن كما لو ثبتت الحرية بالبينة وقال بعضهم اذا ادعت الحرية لم يكن له أن يردها على البائع بقولها لكن ينبغى له أن يتزوجها احتياطا حتى يحل له وطؤها اما بملك اليمين ان كانت أمة أو بملك النكاح ان كانت حرة وكذا كل من اشترى جارية ينبغى له أن يتزوجها احتياطا اه قاضيخان رحمه الله تعالى (قوله واستحق بعضها) أى بعض الدار اه ع (قوله لا يرجع بشئ) أى لا يرجع المدعى عليه على المدعى اه (قوله فما دام فى يده) أى فى يد المدعى عليه اه (قوله على معلوم عن مجهول) هذا هو الصواب والذى بخط الشارح عن معلوم على مجهول اه (قوله حتى لو أقام البينة على هذه الصورة) أى فيما اذا ادعى حقا مجهولا فى دار اه (قوله فى المتن ولو ادعى كلها رجع عليه) عليه ثابت فى خط الشارح وليس بثابت فى المتون اه (قوله فى المتن ومن باع ملك الخ) فى بعض نسخ المتن هنا فصل ووقع ذلك للعينى رحمه الله وترجم له ببيع الفضولى اه قال الكمال رحمه الله مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولى على أحسن الوجوه لانه يتضمن ادعاءه أن بائعك باع ملكى بغير اذنى لغصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف

الطارئ فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر فى التناقض كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله (ومن ادعى حقا فى دار) أى مجهولا (فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا أنه أخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت المسئلة على أن الصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه فى الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت أيضا على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق فى الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو أقام البينة على هذه الصورة لا تقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا فى دعوى الاقرار أو دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة أو افتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز فى المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد تكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشئ وان قدره بجزء معلوم بربع مثلا أو نصف لا يرجع عليه ما دام فى يده ذلك القدر وان بقى أقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه قال رحمه الله (ولو ادعى كلها رجع عليه بقسطه) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال رحمه الله (ومن باع ملك غيره

أنت فضولى يخشى عليه الكفر اه قال الاتقانى مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جدا فان المال فى الصورتين جميعا فى يد صاحب اليد بلا اذن المالك ثم ترجمة الفصل ببيع الفضولى لكونه أبين أحسن من ترجمته بباب بيع عبد الغير كما وقع فى الجامع الصغير المرتب ثم الفضولى بضم الفاء وفتح الفاء منه خطأ وهى نسبة لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل

فضول بلا فضل وسن بلا سنا * وطول بلا طول وعرض بلا عرض

اه كذا فى المغرب ويسمى من يشتغل بما لا يعنيه فضوليا وفى اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى كالاجنبى يزوج أو يبيع ولم يرد فى النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصارى والاعرابى اه (قوله فى المتن فللمالك أن يفسخه ويجيزه) وهو قول مالك وأحمد اه كمال (قوله بشرط أن يبقى المتعاقدان) وهما البائع الفضولى والمشترى منه اه ع (قوله والمعقود له) أى والمعقود به لو عرضا اه متن والمعقود به هو الثمن اه (قوله والاصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز الخ) قال الاتقانى اعلم أن كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولى ويتوقف نفاذه على اجازة المالك فان اجازه ثبت مستندا الى وقت العقد والا يبطل التصرف اه (قوله وان لم يكن له مجيز حالة العقد) محل تأمل تأمل تدبر اه (قوله وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى) قال فى الهداية (١٠٣) وقال الشافعى لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره قال الكمال وقول المصنف تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تمليك وحركة هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مجيز أى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعتق وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها فكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى اه وقوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية قال الكمال وقوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته فى الاجازة فيجيزه أو عدمها فيبطله منع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشترى من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته فى العمومات اه (قوله فقال) أى صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك اه كمال (قوله وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية الخ) قال الاتقانى لان محل البيع يكونه مالا متقوما لا بكونه مملوكا للبائع لانه يصح بيع الوصى والوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فوجب أن يصح كما لو أوصى بجميع ماله أو أوصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اه (قوله وقرار الثمن) أى ونفاق سلعته ورواجه فيها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشترى بوصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهما له اه كمال (قوله وسقوط) ثابت فى خط الشارح وينبغى اسقاطه اه كمال (قوله وفيه نفع للمتعاقدين) العاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم اه كمال

فللمالك أن يفسخه ويجيزه ان بقى العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا) أى للمالك أن يجيز العقد بشرط أن يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هى بالملك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فتلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن أبى الجعد البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى له به شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخارى وأحمد وأبو داود وحديث حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم بعثه ليشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذى وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فتثبت القدرة

(قوله قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك الخ) قال الكمال قلنا لا يلزم من عدم ترتبه فى الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف فى صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع فى الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغى أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا فى الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا اه (قوله ولان السبب انما يلغو الخ) اذا أجيز بيع الفضولى يستحق المشترى الزوائد المنفصلة والمتصلة بخلاف ما اذا أدى الغاصب الضمان حيث يملك المتصلة لا المنفصلة اه كمال (قوله ولا يلزم على هذا اعتاق الصبى وطلاقه الخ) قال الكمال وعدم توقف طلاق الصبى ولو عال لحق الشرع فانه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان أهلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه (١٠٤) ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما اذا اشترى أو تزوج أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه واجازته بعد البلوغ اه ﴿فرع﴾ قال فى الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط وقال ابن أبى ليلى سكوته يكون اجازة قاله الزيلعى فى مسائل آخر الكتاب عند قوله باع عقارا الخ اه ﴿فرع﴾ رجل باع جارية بغير اذن المولى وزوجها رجل آخر بغير اذن المولى وأعتقها فضولى فأخبر المولى فقال أجزت جميع ذلك قال الشيخ المولى أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله نفذ العتق ويبطل ما سواه ذكره قاضيخان فى البيع الفاسد اه (قوله وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له الخ) قال الكمال وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه تلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزم الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه اه (قوله ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا) فحينئذ يشترط بقاء خمسة الاربعة السابقة والخامس قيام العرض اه (قوله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) أى من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشترى من الفضولى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولى يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت أمة ووطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث فى البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم اه كمال رحمه

الشرعية احرازا لهذه المنافع على أن الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع فى حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فاذا لم تفد الحكم لا تعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غير مالك فيلغو قلنا لا نسلم أنه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلا حكمه عنه شرعا وأما اذا تأخر فلا لان العلة قد يتأخر حكمها العارض كالبيع الذى فيه الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا رهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الى شهر يثبت فى الحال ويتأخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتأخر الوجوب فى حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا اعتاق الصبى وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا تجوز لو أجازها الولى أو هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه ألا ترى أن الولى لا يملك انشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبى عقدا يملكه عليه الولى كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن توقف حتى لو أجازه الولى أو هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض أو الآبق لا يجوز للنهى الوارد فيه فكذا هذا بل أولى لان الآبق والمبيع ملكه وهو مع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك أولى قلنا كلامنا فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان أن يبيع شيأ لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتينى فيطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك رواه أبو داود وأحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

والفضولى

الله تعالى (قوله وللفضولى أن يفسخ) قال الكمال وللفضولى أى فى البيع أن يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو أجازه لا ينفذ وقال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم فى العيب وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اه وقوله وللفضولى أن يفسخ الخ وكذا المشترى منه أن يفسخ قبل الاجازة اه مبسوط بمعناه اه (قوله بخلاف الفضولى فى النكاح) قال الكمال رحمه الله بخلاف الفضولى فى النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض أى كاقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى فلا يلزمه بالاجازة ضرر وتعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولى حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثانى أيضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطروء البات على الموقوف اه وقال الاتقانى وفى باب النكاح لو أن فضوليا خطب امرأة لرجل بغير أمره فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف على اجازته فان فسخ هذا الفضولى النكاح قبل الاجازة ففسخه باطل لان حقوق العقد لا تتصرف اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبى ولو فسخت المرأة النكاح قبل الاجازة انفسخ اه (قوله واجازة المالك الخ) أى الاجازة من المالك فيما اذا كان الثمن عرضا اجازة نقد أى اجازة أن ينقد الفضولى ثمن العرض من مال المالك لا اجازة عقد موقوف لان العقد لازم على الفضولى نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج الى اجازة العقد قاله الاتقانى وقال الكمال فان كان أى الثمن عينا بأن باع الفضولى ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولى يكون بيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجه والشراء لا يتوقف الا اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولى فيصير مالكا للعرض (١٠٥) والذى تفيده الاجازة أنه أجاز للفضولى أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب أو جارية يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز فى القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فتراعى فيه شرائط

صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى رجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلى فى باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما فى ضمنه يكون مشروعا وهذا وانما ينفذ الشراء على المشترى اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشترى من آخر فأما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفى الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر فى شرح الطحاوى ولو اشترى رجل لرجل شيأ بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجازه الذى اشتراه له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشترى هذا البيع لفلان فانه يتوقف اه (قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ) قال الاتقانى والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فان قال الفضولى بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت وقال الفضولى اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولى قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت فلا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى لانه أضيف اليه ظاهرا ولا حاجة بنا الى ايقافه على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ فى حق البائع فاحتيج الى ايقافه على رضا الغير اه قال الكمال وأما القياس على الفضولى فى شراء الفضولى تفصيل ذكر فى شرح الطحاوى وطريقة الخلاف وهو أن الفضولى لو قال بع هذا العين لفلان الى آخر ما ذكره الاتقانى اه وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ جواب

والفضولى أن يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط فى النكاح بقاء العاقد الفضولى عند الاجازة حتى لو أجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذى ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولى ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون مالكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى العقد ثم يجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضى التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه

الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة ولو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصى أو الاب اذا توقف على اجازتهما فى مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت أمة بغير اذن مولاها وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فأبطله وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر فى الشراء أيضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو أجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله (وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه) معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فأعتقه المشترى فأجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشترى ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وهذا لان عقد الفضولى موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشترى حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان ولا ينفذ بيع المشترى اذا أجاز المالك البيع الاول وكذا لو أعتقه المشترى والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشترى من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثانى مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتقه ثم أدى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشترى منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشترى من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو اعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالدين فقضى الدين أو أبرأ الغرماء

عن سؤال بان يقال لم جعل شراء ولم يجعل بيعا مع أن بيع المقايضة شراء من وجه فأجاب الخ (قوله لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين) أى فيما اذا كان الثمن عرضا أو دينا اه غاية (قوله ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه) أى فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عليها على اجازة الوارث اه (قوله بان باعها المولى) أى الامة التى تزوجت بغير اذنه اه (قوله كان الحكم كذلك) أى تنتقل الاجازة الى المشترى (قوله جاز عتقه) قال الكمال كذا ذكره فى الجامع الصغير ولم يذكر خلافا فالكنهم أثبتوا خلافا فمع زفر فى بطلان العتق وهذه من المسائل التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل (١٠٦) وقال محمد بل رويت لى أن العتق جائز واثبات مذهب أبى حنيفة فى صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ما هنا أن يكون فى المسئلة هنا روايتان عن أبى حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان ان هذه رواية محمد عن أبى يوسف ونحن سمعنا من أبى يوسف أنه لا يجوز عتقه وسيجىء اه وقوله جاز عتقه أى استحسانا اه هداية (قوله والمطلق ينصرف الى الكامل) واستوضح على ذلك بفروع أربعة اه (قوله حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان) هذا اذا أدى قيمته يوم الغصب أما اذا ضمن قيمته يوم البيع لا ينفذ بيعه اه عمادية فى آخر أربعة وعشرين (قوله أن البيع أسرع نفاذا من العتق) أى فاذا لم ينفذ بيعه لم ينفذ اعتاقه بالطريق الاولى اه (قوله وكذا لو باع) استيضاح ثان لكون البيع أسرع نفاذا اه (قوله لا ينفذ عتقه لما ذكرنا) أى ان البيع أسرع نفاذا اه (قوله وكذا لو باعه الغاصب الخ) قال الكمال وكذا لا يصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولا الطلاق فى النكاح الموقوف حتى لو أجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق فى الحاجة الى الملك على السواء ولذا اذا جعل فضولى أمر امرأة بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا لا اه (قوله وبطل عتقه) أى بطل عتق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان وهذا قول البعض والاصح أن عتقه نافذ اه كما سيجىء بعد أسطر اه (قوله بتصرف مطلق) قال الكمال ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشترى والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته فى حق الحكم بالنا وموقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أفصح اه (قوله وينفذ باجازة المرتهن البيع) والجامع أن كلا منهما اعتاق فى بيع موقوف اه فتح وقوله المرتهن هو الصواب ولكن الذى بخط منه

منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشىء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما الملك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان فى ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك فى الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده فى حق الحكم أصلا فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل فى الاسباب المطلقة أن تعمل فى حق الحكم بلا تراخ والتراخى انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر فى توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب فى حقه ونعنى بتوقف الملك انه موجود فى حق الاحكام التى لا يتضرر المالك بها والمشترى من الغاصب اذا أعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشترى ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفى لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشترى ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضرورى لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفى للاعتاق ويكفى لجواز البيع الا ترى ان ملك المكاتب يكفى لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشترى الاول وهو البائع الثانى ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشترى من الفضولى لوجود الملك البات فيه لمالكه بل كان هذا أولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن يمنعه من الثبوت لان المنع أسهل من الرفع لانا نقول المنع والرفع انما يكونان عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر فى حق المالك وانما يظهر فى حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا أجاز المالك بيع الفضولى فالملك البات يثبت للفضولى والملك الموقوف ظاهر فى حقه لان الفضولى عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا أدى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل منافيا فى محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر فى ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى أن عند محمد بيع الفضولى لا ينعقد فى حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا فى ملك الغير وعندهما ينعقد فى حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل فى البيع المنعقد تعجيل الحكم

الشارح المشترى اه (قوله بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) جواب عن الاول اه (قوله وبخلاف ما اذا كان فى البيع الخ) جواب عن الثانى اه (قوله والمشترى من الغاصب الخ) جواب عن الرابع (قوله ثم ملك) أى الغاصب اه (قوله والاصح أنه ينفذ) كذا ذكره هلال الرأى بن يحيى البصرى فى وقفه وهو من أصحاب أبى يوسف فانه ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشترى ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى اه كمال رحمه الله (قوله وانما يبطل بيع المشترى) جواب عن الثالث اه وقوله وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب الخ وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف فى محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (١٠٧) والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف اه كمال (قوله لانه بالاجازة ثبت للمشترى) قال الاتقانى رحمه الله وفرق الزاهد العتابى بين اعتاق المشترى من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين البيع الثانى حيث لا ينفذ باجازة البيع الاول وقال ان بالعتق ينتهى الملك والمنتهى متقرر حكما وما كان مقررا للشىء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لانه غير مقرر للملك لا تمازاله الملك لا انهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة الفقه فى ذلك أن زوال الملك ضد الملك والشىء لا يتوقف بتوقف ضده أما العتق فمقرر للملك ومقرر الشىء جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشترى لو أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اه (قوله والملك الموقوف فى محل واحد) وفى صورة اعتاق المشترى من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشترى وكان الولاء له اه اتقانى (قوله لان البات فيه موجود الخ) هذه مغالطة بيانها فى العناية اه (قوله ثم) أى فى المغالطة المذكورة اه (قوله فاذا أجاز المالك بيع الفضولى) أى بيع الغاصب الفضولى اه (قوله فالملك البات يثبت للفضولى) وهو المشترى من الغاصب اذ هو فضولى أيضا لبيعه ملك غيره اه وقوله فالملك البات الذى يخطه فالملك الثابت اه (قوله لا ينعقد فى حق الحكم) أى وهو الملك اه فتح (قوله وعندهما ينعقد فى حق الحكم الخ) قال الكمال وبعد فالمقدمة القائلة فى كلام محمد المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اه

(قوله لدفع الضرر) أى عن المالك اه فتح (قوله والضرر فى النفاذ) أى لا فى توقفه اه فتح (قوله فى المتن ولو قطعت يده عند المشترى فأجاز الخ) علم أن قطع اليد لا يمنع الاجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما اذا مات العبد أو قتل بطلت الاجازة اه (قوله وانما يثبت الملك له ضرورة) أى فى المتصل اه اتقانى (قوله لان فيه شبهة عدم الملك الخ) قال الاتقانى رحمه الله فيه نظر لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغى أن يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده قال فخر الدين قاضيخان فان كان المشترى أعتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد اه (قوله فى المتن ولو باع عبد غيره بغير أمره) قال الكمال وان وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسألة باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشترى بينة على اقرار البائع أنه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وأنه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر تناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة ينبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه (١٠٨) وقال المشترى أمرك أو ادعى عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعى الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره فى شرح الزيادات اه (قوله فبرهن المشترى) أى أقام بينة اه ع (قوله أو رب العبد) أى أو برهن المشترى على اقرار رب العبد أنه لم يأمر البائع بالبيع اه (قوله وهذا يشكل بما ذكر فى الزيادات الخ) صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشترى خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها المدعى أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها له لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره اه فتح (قوله وفرقوا بينهما الخ) قال الاتقانى رحمه الله أى فرق المشايخ بين دوا بين الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد فى مسألة الجامع الصغير فى يد المشترى فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشترى والعين سالمة له لانها فى يده وفى مسألة الزيادات العبد فى يد المستحق فوجد شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا فى هذا الفرق نظر لان وضع المسألة فى الزيادات أيضا فى أن العبد فى يد المشترى ولئن سلمنا أن العبد فى يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لان التناقض فى الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى أن يقال ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فى مسألة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفى مسألة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا محمل صحيح ولهذا لم يقبل البينة فى الزيادات أيضا فى آخر الكتاب فى الباب الذى يلى بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيئا لرجل من رجل

والتراخى الى وقت الاجازة لدفع الضرر والضرر فى النفاذ لا فى ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره فى التصرفات الضارة قال رحمه الله (ولو قطعت يده عند المشترى فأجاز فأرشه لمشتريه) أى لو قطعت يد عبد باعه الفضولى ثم أجاز المالك البيع يكون أرش اليد للمشترى لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشترى لما ذكرنا ويحتج على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد فى الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الارش للمشترى لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل ومع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشترى وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر فى حق استحقاق الزوائد قال رحمه الله (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولان ما كان قبل القبض لم يدخل فى ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه ما هو كان مقابلا بالثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشترى على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل) لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامه على العقد وهما قلنا اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر فى الزيادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشترى فى دعواه فأخذه المستحق باقراره ثم أقام المشترى البينة على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما
بأن

ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمرنى به وقال المشترى بل أمر به فان القول قول الذى يدعى الامر لان المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته فاذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولانه سعى فى نقض ما أوجبه فبطل فان أراد المدعى منهما الفسخ بأن يقيم البينة على اقرار صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد يمين صاحبه على ذلك لم يكن له شىء من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما يبتنى على ذلك اه وقول الشارح رحمه الله وفرقوا بينهما الخ هذا الفرق ذكره فى الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا فى أن الجارية فى يد المشترى كما سمعت والاولى ما ذكر فى الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشترى على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين اه وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم (١٠٩) التناقض فقبلت ومما يناسب المسألة باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول اه (قوله فى المسألة الاولى) أى وهى المذكورة فى المتن وهى مسألة الجامع الصغير اه (قوله فى المتن ولو أقر البائع) قال الكمال بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضى بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولهذا صح اقراره بالشىء بعد انكاره الا أن الاقرار حجة قاصرة يعنى انما ينفذ فى حق المقر خاصة فاذا وافقه المشترى نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشترى حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضى أنه يمضى اقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا اه (قوله لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة الخ) فان من أنكر شيئا ثم أقر به صح اقراره بخلاف الدعوى اه (قوله فللمشترى أن يساعده) أى يوافقه فيه اه (قوله فيتحقق) أى بطلان البيع اه ع (قوله فينتقض فى حقهما الا فى حق رب العبد ان كذبهما) قال الكمال وفروعها أن صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ فى حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما فى حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشترى الثمن للآمر فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يبقى فى ذمة المشترى للآمر ويرجع المشترى على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشترى عن الثمن عند أبى حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول أبى يوسف لا يملك اه (قوله لانه برئ بالتصادق) فيه اشكال حيث اعتبر فيه الاقرار على الغير اه ﴿فرع﴾ ذكره الشارح رحمه الله فى كتاب الدعوى فضولى باع عبد الغير من رجل وفضولى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اه فليراجع عند قوله دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اه

بأن العبد فى يد المشترى فى المسألة الاولى وفى مسألة الزيادات فى يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشترى فلذلك لم يرجع فى مسألة الكتاب ورجع فى مسألة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما اذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق واقدامه على الشراء ينفى ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر فى الزيادات فيما اذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) فى مسألة الكتاب (عند القاضى) بان رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع ان طلب المشترى ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض فى حقهما الا فى حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان أمره فاذا لم ينفسخ فى حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشترى لانه برئ بالتصادق وعند أبى يوسف له أن يطالبه فاذا أدى رجع به على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشترى عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضى البيع بينهما لانه ثبت عند القاضى أن البيع كان موقوفا فان طلب المشترى تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشترى لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

(قوله ولغا توكيل بائعه) أى توكيل الآمر فهو من اضافة المصدر الى مفعوله أى توكيل رب العبد بائعه أى لغا أن يوكل رب العبد بائعه اه (قوله فى المتن ومن باع دار غيره) أى عرصة غيره بغير أمره اه فتح (قوله لم يضمن البائع الدار) أى عند أبى حنيفة ان أقر بالغصب منه وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبى حنيفة لا وعند محمد نعم فيضمن اه كمال قوله وعند محمد نعم تفسيره اذا غصب دارا فانهدمت أو أرضا فانتقضت وسيجىء بيان الخلاف فى غصب العقار فى الغصب اه اتقانى

﴿ باب السلم ﴾

لما فرغ من بيان أنواع البيوع التى لا يشترط فيها القبض لا فى العوضين ولا فى أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم والصرف لان السلم يشترط فيه قبض أحد العوضين فى المجلس وقدم السلم على الصرف لان الشرط فى السلم قبض أحد العوضين فى المجلس وفى الصرف قبضهما والترقى يكون أبدا من الادنى الى الاعلى قال صاحب التحفة البيع أربعة أنواع أحدها بيع العين بالعين كبيع السلع بانواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثانى بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وانه يسمى عقد الصرف يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فان السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بانفسهما فيصير عينا اه اتقانى قال الكمال وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم فى زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام فى الناس سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة فى السلم هو عقد يثبت الملك فى الثمن عاجلا وفى المثمن آجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا لما فيه من تسليم رأس المال فى الحال وفى عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل فى بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بآجل لان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لآخر أسلمت اليك عشرة دراهم فى كر حنطة أو قال أسلفت وقال الآخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه اه اتقانى رحمه الله (قوله اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى

في حال حياته أصل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضا فكذا نائبه ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك تسمع لانه لم يسبق منه ما يجعل مناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضا ولمشتريه أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشترى على البائع بنصف الثمن وخير فى النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه وهذا اذا أقر المشترى بأن العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه فى خصومته كيلا يصير البائع ساعيا فى نقض ما أوجبه قال رحمه الله (ومن باع دار غيره فأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله فأدخلها المشترى فى بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال فى البناء فى ذلك

﴿ باب السلم ﴾

وهو بمعنى السلف لغة فانه أخذ عاجل بآجل وسمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان أوان البيع بعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد والسلم يكون عادة فيما ليس بموجود فى ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع فى رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفى رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع ألا ترى الى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وقد روينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال رحمه الله (ما أمكن

ليعلم أن من حق الاجل أن يكون معلوما اه اتقانى (قوله لا يجوز السلم فيه لانه) أى المسلم فيه اه (قوله فى المتن المثمن) المثمن صفة لقوله والموزون فقط اه (قوله حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما) أى بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها اه كمال (قوله وقال الاعمش الخ) واعلم أن ما قاله أبو بكر الاعمش اختاره الكمال فى الفتح قال وهو عندى أدخل فى الفقه وعلله فلينظر ثمة اه (قوله وانما يصح العقد فى محل أوجبا) أى أوجب المتعاقدان العقد اه (قوله وهذا الخلاف فيما اذا أسلم فيهما) أى فى الدراهم والدنانير اه (قوله روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز) وعليه الفتوى لتعامل الناس اه خان (قوله فى المتن والعددى المتقارب كالجوز الخ) قال فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان أما السلم فى الباذنجان عددا لم يذكره محمد وذكر الشمس السرخسى أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض هذا لفظه اه اتقانى (قوله لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) أى فلا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين بخلاف البطيخ فانك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اه (قوله بخلاف البطيخ والرمان) قال الاتقانى وأما العددى المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابن يوسف ما اختلفت آحاده فى القيمة واتفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب والرؤس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيأ معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأتى بجميع شرائط السلم والتحق بالتقارب يجوز اه قال فى الظهيرية ولا يجوز فيما لا مثل له كالحيوان والعدديات المتفاوتة الا فى الثياب خاصة اه (قوله وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى بيض النعامة) قال الاتقانى ثم عندنا يجوز السلم فى بيض النعام أيضا فى ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط اه (قوله فى المتن والذرعى كالثوب الخ) قال الاتقانى وأما الذرعى فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبوارى ونحوها اذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال فى الايضاح والقياس أن لا يجوز السلم فى الثياب

(ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفضى الى المنازعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم فى تمر فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم رواه مسلم والبخارى والضبط يكون بمعرفة قدره وقد شرطه عليه السلام قال رحمه الله (وما لا فلا) أى ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله (فيصح فى المكيل والموزون المثمن) لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما أثمان وليسا بمثمن حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى العقود للمعانى وقول عيسى أصح لان المعقود عليه فى السلم المسلم فيه وانما يصح العقد فى محل أوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه فى محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا أسلم فيهما غير الاثمان وأما اذا أسلم الاثمان فيهما كالدراهم فى الدنانير أو بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف أن القدر بانفراده يحرم النساء ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز لان الكيل والوزن انما اشترط ليصير معلوم القدر لا لنفى الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب حكما فى باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن أصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين فى الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب فى الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا قال رحمه الله (والعددى المتقارب كالجوز والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فأشبه المكيل والموزون ويستوى فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا استوى قيمتهما فصار ابذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان آحادهما متفاوتة ولهذا تختلف فى القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوى وعن أبى حنيفة انه لا يجوز فى بيض النعامة لتفاوت آحاده فى المالية ويجوز السلم فى هذه الاشياء كيلا أيضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددى ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيها النص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا أيضا لانه يؤدى الى النزاع فى التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد أخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر أحدهما أيهما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله (والفلس) لانه عددى يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا فى بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال رحمه الله (واللبن والآجر ان سمى ملبن معلوم) لان آحادهما لا تختلف اختلافا يفضى الى المنازعة بعد ذكر الآلة قال رحمه الله (والذرعى كالثوب

لانها ليست من ذوات الامثال الا ترى أنه لا يضمن بمثله وانما يضمن بقيمته واستحسانا لان الثياب مصنوع العبد والعبد يصنع بآلة فاذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاك ألا ترى أن الابل لو باع بعين بيسير كان متصلا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان اه (قوله في المتن ان بين الذراع) أي بعد ذكر الجنس والنوع اه (قوله والصفة) أي بانه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذي يسمى ملحما اه (قوله والصنعة) أي بانه عمل الشام أو الروم أو نحوهما اه (قوله وان كان ثوب حرير بيان الوزن) قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها

تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه اه (قوله لا بد من بيان وزنه) قال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه ولو عين الذرعان ولم يعين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط ومنهم من قال يشترط واليه مال الشيخ الامام شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب فانه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ولا كذلك الكرباس اه اتقاني (قوله في المتن لا في الحيوان) قال الاتقاني اعلم أن السلم باطل في الحيوان عندنا اه وقالت الثلاثة يجوز اه عيني (قوله فاذا اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع) أي وليس الحيوان كذلك لان ما يحدث فيه يحدث باحداث الله من غير صنع العباد بلا آلة ولا مثال فظهر الفرق اه اتقاني (قوله وما روى أنه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الخ) فان قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدية بمائة من الابل وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أن بيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيئة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لا يكون بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالتزويج أو الخلع على عبد وسط أو أمة وسط قياسا على إبل الدية وغرة الجنين اه اتقاني (قوله في المتن والحطب حزما والرطبة جرزا الخ) ونقل في الخلاصة عن شرح الشافي فقال ولا بأس بالسلم في القت وزنا اه اتقاني (قوله في المتن والجوهر والخرز الخ) والاصل أن كل

ان بين الذراع والصفة والصنعة) لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي أنه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولانه بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي أنه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه ألا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسير والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم

ألا رب فرد يعدل الالف زائدا * وألف تراهم لا يساوون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الجلدات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بآلة فان اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعد لا يعتبر وما روي أنه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا فالمراد به أنه عليه السلام استعجل في الصدقة ثم أخذ من بيت المال أو أن البكر كان على صاحبه فرد رباعيا أو استقرض لبيت المال لانه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب حق مجهول على بيت المال وما روي أنه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الى أجل كان قبل نزول آية الربا لان الاجل الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل قال رحمه الله (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤس وفي الاكارع أكثر من اللحم أو مساو له فلا يمكن أن يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدري قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رحمه الله (والجلود عددا) أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله (والحطب حزما والرطبة جرزا) لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله (والجوهر والخرز) لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه

معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر واللآلئ بهذه المثابة لانك ترى بين لؤلؤتين تفاوتا فاحشا في المالية وان كان بينهما اتفاق في العدد والوزن اه اتقاني (قوله الى حين المحل) والمحل بكسر الحاء مصدر ووقت حل الدين اه غاية (قوله في المتن والسمك الخ) وفي شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو اما أن يكون طريا

أو مالحا ولا يخلو اما أن يسلم فيه عددا أو وزنا فان أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد في حينه والأجل في حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا اه عيني (قوله وقالا يجوز) قال الاتقاني فعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس بأن قال لحم شاة والسن بأن قال ثني والنوع بأن قال ذكر والصفة بأن قال سمين والموضع بأن قال من الجنب والقدر بأن قال عشرة أمناء اه (قوله ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف) يعني ان غاصب اللحم اذا أتلفه يضمن المثل وزنا اه (قوله بخلاف لحم الطيور) أي فانه لا يجوز السلم فيه اه اتقاني (قوله فانه لا يقدر على وصف موضع منه) أي لقلة لحمه اه غاية (قوله وتضمنه غير مقصود) أي تضمن اللحم شيأ غير مقصود وهو جواب عن شيء يرد وهو قوله ولانه يتضمن عظاما اه قال الاتقاني رحمه الله ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة

مما يباع بالوزن فأمكن معرفة قدره به قال رحمه الله (والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر وفي لفظ حتى تبيض وتأمن من العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به في الحال أو في المآل وقوله عليه السلام فبم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما اذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيأ وكسدت حيث يبطل البيع بها لانها تفوت أصلا ولا يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم أوانا معلوما فيتخير قال رحمه الله (والسمك الطري) أي لا يجوز السلم في السمك الطري لانه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في الكبار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله (وصح وزنا لو مالحا) أي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان قال رحمه الله (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود

العظم وكثرته فتثبت الجهالة وهي تؤدي الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لافضائها الى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة والثاني أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الاصح اه

(قوله والتضمين بالمثل ممنوع الخ) قال الاتقانى وقولهما ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذلك ممنوع على مذهب أبى حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبى حنيفة يضمن القيمة ألا ترى ما قال فى الجامع الكبير فى باب الاستحقاق فى البيع ولو أن رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير قول محمد فى هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس عثلى الا فى هذا الموضع يعنى فى الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته اه (قوله وكذا لا يجوز استقراضه) قال الاتقانى ونمنع الاستقراض وزنا فنقول ذلك مذهبهما (١١٤) ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر فى التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى أن اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة اذا انقطع عن أيدى الناس فنقول ذلك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لان الاصل فى ضمان العدوان المثل والمماثلة فى مثل الشئ صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لان السلم لا يكون الا مؤجلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على أى حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معاين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اه (قوله بخلاف البيع به حالا حيث يجوز) أى فانه اذا قال بعت منك من هذه الصبرة على هذا الاناء بدرهم ولا يدرى كم يسع الاناء فالبيع جائز وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال لا يجوز البيع أيضا لانه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة و بيع الحنطة انما يجوز على أحدهما اه اتقانى (قوله فى المتن بعينه) كذا بخط الشارح والذى فى نسخ المتن معينة اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال فى الهداية ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشرمانى ببخارى والبساخى بفرغانة اه قوله لبيان الصفة يعنى لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أى على ما قال المشايخ كالخشرمانى ببخارى وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثمة والبساخى بفرغانة وهو أيضا نوع من الحنطة عندهم وكذا اذا ذكر النسبة فى الثوب لبيان الصفة كما اذا قال زندنيجى يجوز لان الثوب الزندنيجى ما ينسج على صفة معلومة سواء نسج فى تلك القرية أو غيرها قال فى خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشرمانى ببخارى فانه يذكر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اه اتقانى رحمه الله

وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمين التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمين الالية العظم ولابى حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال و يختلف باختلاف فصول السنة فانه يعد سمينا فى الشتاء بعدمهز ولا فى الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة وتجرى فيه المماكسة فالمشترى يأمره بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم فى الحيوان بخلاف النوى فى الثمار أو العظم فى الالية فانه معلوم ولهذا لا تجرى فيه المماكسة وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفى الحكم بانتفاء احداهما الماعرف فى موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم فى رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف فى الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبى حنيفة فيما اذا أطلق السلم فى اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله (ومكيال أو ذراع لم يدر قدره) أى لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل أن يضيع فيؤدى الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب فى الحال فلا يتوهم فوته وفى السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه فى أول البيوع وفى الهداية ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا فى قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبى يوسف وهذا لا يستقيم فى السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيفما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس أو التجويز فى قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل فى البيع اذا كان يجب تسليمه فى الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط فى ذلك الاناء أن لا ينكبس ولا ينبسط ويقيد فيه استثناء قرب الماء أيضا قال رحمه الله (وبر قرية وتمر نخلة بعينه) أى لا يجوز السلم فيهما لاحتمال أن يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما واليه أشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله (وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة أكرار الى شهر لان الجهالة تنتفى بذكر هذه الأشياء وقال الشافعى رحمه الله الاجل ليس بشرط لجوازه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم مطلقا واشتراطه الاجل

(قوله فيكون فيه الاجل جائزا الخ) قال فى الهداية ولا يجوز السلم الا مؤجلا (١١٥) قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعى رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلا أسلمت هذه العشرة فى كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص فى السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل فى اشتراط الاجل فوجب نفيه اه (قوله وما رواه حكاية حال) والجواب عما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص فى السلم فنقول ذاك يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة فى سلم الحال لانه ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود اه اتقانى (قوله رواه الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار) أى وليس بصحيح لان التقدير غية بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر اه فتح وغاية (قوله وعن الكرخى أنه ينظر الى مقدار المسلم الخ) قال الكمال وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخى أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخى من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه (قوله والاول أصح) أى تقدير الاجل بشهر اه

الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما فى الذمة فيصح حالا كالعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا لا شرطا كغيره من أنواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفى لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل فى ملكه من رأس المال بواسطة التحصيل به ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ فلا يقدر على الاداء فى الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل دارى فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها الا وهو كذلك وكمن قال من أراد أن يصلى فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فلا بد من ثبت القدرة وهو الاجل الذى فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب فى الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بأبلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وانما أجيز فى السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخلها رخصة لان عدمه أصل وليس يعارض العذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو أراد التضييق عليه لما كاتبه أصلا اذا العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبنى على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه يطالبه به عقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والالزم أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما فى المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافى معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا لنفعهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشئ فى السلم لا يباع عادة الا بأقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما وشرط أن يكون الاجل معلوما لما رويناه ولانه اذا لم يكن معلوما يفضى الى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أى أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل ألا ترى أن المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فى يمينه فاذا كان ما دون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر وما فوقه فى حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا فى المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى التأجيل فى مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس فى مثله جاز والا فلا والأول أصح وبه يفتى قال رحمه الله (وقدر

(قوله اذا كان العقد يتعلق على مقداره) احترز عن المذروع اه (قوله وان كان موهوما) أى والموهوم فى عقد السلم (١١٦)

رأس المال فى المكيل والموزون والمعدود) أى شرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر رأس المال اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما فى الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضى الى المنازعة بجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال قد تفضى الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما ألا ترى انه لا يجوز بكيل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما أنفق رأس المال فيفسخ له ولا يدرى كم يرد فيفضى الى المنازعة أو الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافى اذ هو بيع المعدوم ألا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدى الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهى تعرف بالحزر فلا يكون معلوما أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير فى مقدار معلوم من البرفين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لان رأس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا تتفاوت آحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله (ومكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من الاشياء) أى شرط جوازه بيان مكان ايفاء المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس بشرط و يوفيه فى موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده كما فى البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم فى ذلك المكان فكذا البدل الآخر اذ العقد يوجب المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعين له مكانا آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع فى غير موضع العقد لان المشترى ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه أو يكون اجارة فى بيع فيكون مفسدا للنهى المعروف عن صفقة فى صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل فى ملكه بل فى ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه من ضرورة كأول أوقات الامكان فى الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابى حنيفة أنه تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا أو ضرورة وجوب التسليم عليه فى الحال ولهذا السلم لا يجوز الا مؤجلا فكون التسليم متأخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم فى الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة ولانه تعين مكان العقد لتعين مكان المبيع فى بيع العين والتعين مكان العقد فيما اذا تعذر فى هذا الغير وفساد لا يصير مكانا آخر فيبقى مجهولا جهالة فاحشة فيؤدى الى المنازعة فيفسد كما لو اختلف الصفة لان قيمة المال حلا ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة الا ترى ان الحطب فى المدن أغلى منه فى القرى ولهذا قيل ان الاختلاف فى بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا فى موجب العقد فيه التحالف كما

كالمتحقق لان الاصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم وانما جوز اذا وقع الامن عن الغرر من كل وجه واذا بقى نوع غرر بقى الامر على ما كان وهو عدم الجواز اه اتقانى (قوله فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه) أى لشرع السلم اه (قوله مع) أى الدليل اه (قوله فلا ينقسم الثمن عليه) أى ثمن الثوب المسلم فيه اه (قوله ولا يتعلق العقد به) أى على مقداره اه (قوله ومن فروعه) أى ومن فروع الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال اه اتقانى (قوله فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد) قال الكمال وفى بيع العين لو شرط على البائع فى المصر أن يوفيه الى منزله والعقد فى المصر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع اه (قوله كأول أوقات الامكان فى الاوامر المطلقة) يعنى أن الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الاداء لعدم مزاحمة جزء آخر اه وكتب على قوله المطلقة ما نصه هذا انما يتمشى على قول الكرخى اه (قوله كالاختلاف فى الصفة) أى فى الجودة والرداءة فى أحد بدلى السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعنى لا يتحالفان عند أبى حنيفة و بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدورى وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتقانى رحمه الله

(قوله فصار كالاختلاف فى شرط الخيار والاجل) أى فلا يتحالفان ويكون القول قول المسلم اليه اه (قوله لان جهالته مفضية الى المنازعة) ذكره فى المحيط اه فتح (قوله لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن) (١١٧) قال الكمال اذا المالية لا تختلف باختلاف

لو اختلفا فى البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف فى شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهى دين فى الذمة مؤجلة بأن اشترى شيأ أو استأجر بحنطة فى الذمة موصوفة أو اقتسما شيأ وجعلا لاحدهما مكيلا موصوفا فى الذمة الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء فى الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم فى مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفى موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فى حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها فى أى مكان كان وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل فى المصر فله أن يعمل فى أى مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط أن يوفيه فى منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه فى منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضى الايفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط أن يوفيه فى موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفاء ثم اشتراط الحمل يكون اجارة فى بيع فلا يجوز قال رحمه الله (وما لا حمل له يوفيه حيث شاء) وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة سواء بينا مكان الايفاء أو لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد أمن خطر الطريق فيتعين فحاصله أن فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه فى التخريج فى أى مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أى شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد شرط بقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما فى الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهى عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين فى الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب فى رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا أجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده فى حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام

الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة اه فتح (قوله وهو الاظهر من قولهما) قال الكمال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط الذى لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره فى التحفة اه قوله لانه لا يفيد أى لان ماليته لا تختلف باختلاف الأماكن اه (قوله وهو رواية الجامع الصغير والبيوع) أى من أصل المبسوط اه فتح (قوله كالمسك والزعفران) أى والكافور وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا اه كمال رحمه الله (قوله ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه) أى فى رأس المال اه (قوله لانه غير مفيد) أى اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين فى الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله اه فتح (قوله وبخلاف الاستحقاق) يعنى اذا ظهر رأس المال مستحقا الغير اه (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما) قال الكمال وانما قيد بقوله ورأس المال قائم لانهم لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دينا فى ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز فى ابتداء العقد ولانه الآن فى معنى الابتداء اذ العقد قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا اه

(قوله وفيه خلاف زفر) وقول الشافعي ومالك كقول زفر اه فتح (قوله وجملة الشروط جمعوها الخ) تبع فيه صاحب الهداية رحمه الله قال الكمال فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله يتم به خمسة واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء تتم احدعشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ماقدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون (١١٨) حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وأن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كر حنطة اه (قوله وصفته) أي ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها ولو تفاوت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ولا يصح التصرف في رأس المال الخ) وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس بشرط اه شرح تكملة قال في المحيط وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم ان وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز والا بطل اه وكتب على قوله ولا يصح التصرف الخ مانصه وانما لم يجز التصرف في رأس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حقا لله تعالى لئلا يلزم الكالئ بالكالئ فاذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد اه اتقانى (قوله والمسلم فيه قبل القبض) أي وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه اياه مرابحة على رأس المال وان يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشرك فيه غيره كما لو اشترى عينا لان المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا برأس المال (١)

معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله (فان أسلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقدها ثم قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف اليهما كما ذكر في الكتاب أو يضيف الى مائتين مطلقا ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصا عما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد اليه ألا ترى أنه لو باع عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان أن لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساد مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها اليه وعشرة دنانير عين في أكرار معلومة لا يجوز في الكل أما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر رأس المال وقد بيناه وعن زفر أن السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الآخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا أن العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم وامامنا فيه ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز ألا ترى الى قوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز أخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض

(١) هنا بياض بالاصل

(قوله في المتن فان تقايلا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فأراد رب السلم أن يشتري برأس المال شيأ قبل أن يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه أعلم أولا أن الاقالة في السلم كله أو بعضه تجوز اذا كان الباقي منه جزأ معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوي في مختصره اه اتقانى (قوله أو رأس مالك حال انفساخه) فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا أي كونه أخذ شبها بالمبيع بسبب أن الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك (١) الخ اه (قوله ولان رأس المال أخذ شبها بالمبيع) أي لما كان هو المقصود اه اتقانى (قوله لسقوطه) أي بالاقالة اه اتقانى (قوله في المتن ولو اشترى المسلم اليه كرا وأمر رب السلم الخ) قال الكمال رحمه الله ومن أسلم في كر وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثماني مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بأن كاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان أمره أن يقبضه له أي للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه (١١٩) فاكتاله أي رب السلم ثم اكتاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان لشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا المستحق بالعقد وهذان عقدان فلابد من توفير مقتضى كل عقد عليه

فلا يجوز ولان رأس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك أو بالابراء كالمبيع فأخذ حكمه قال رحمه الله (فان تقايلا السلم لم يشتر) رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيأ) يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أي الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان رأس المال أخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين أن يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي أن يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا أنه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست بيعا من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي رأس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله (ولو اشترى المسلم اليه كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا أمر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا أمره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا جاز والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه وأما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح

ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لابد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا في صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل بالكيل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم أن طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه فقبل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز اه وكتب على قوله ولو اشترى المسلم اليه الخ مانصه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصل هذا ان العقد اذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانيا اه اتقانى (قوله ومحمله) أي محمل الحديث اه

(١) هنا بياض بالاصل

(قوله فلم يكن المسلم اليه بائعا لرب السلم بعد الشراء) أى فلم تجتمع الصفقتان اه فتح (قوله فقبض المسلم فيه لاحق) أى لشرائه من بائعه وانه أى قبض المسلم اليه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال فى الزيادات لو أسلم مائة فى كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بدليل أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند العقد كأنهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم فى موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز به يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا أو أسلم فى معدود فعلى الروايتين فى وجوب اعادة العد فى بيع المعدود بعد شرائه عدا اه كما لرحمه الله (قوله فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه) أى ولم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك فقبضه بان اكاله مرة جاز اه (١٢٠) كما لرحمه الله (قوله فكان المقبوض عين حقه) أى فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان

فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا لرب السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت النهى قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جائز ألا ترى أنه لو قضاه أجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت أنه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا فأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا لزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد للمشترى فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل قال رحمه الله (ولو أمر رب السلم أن يكيله فى ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) يعنى لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغرائر وأمر المسلم اليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله فى الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو كان مكان السلم مشتريا بان اشترى برا معينا ودفع المشترى الى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البائع والمشترى غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح والمشترى يملك الطعام بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما فكان الواقع فيه واقعا فى يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه فى البحر ففعل يكون على الآمر

لان هذا الاعتبار فى القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشئ بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل فى القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل اه كما لرحمه الله (قوله لم يكن قضاء) هذا اذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان أمره بخلط طعام السلم فى بطعام (١) (قوله ولو كان) أى ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها اه (قوله بان اشترى برا معينا) أى على انه كر مثلا اه (قوله والفرق ان رب السلم حقه فى الذمة) يعنى أن رب السلم حقه فى الدين لا فى العين وجعل الدين وهو وصف ثابت فى الذمة فى غرائر رب السلم محال وحقه فى العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد اه من الاتقانى (قوله فلم يصادف أمره ملكه) أى لانه تناول عينا مملوكة للبائع اه اتقانى (قوله فجعل فيه ملك نفسه) حتى اذا هلك الكر هلك من مال المسلم اليه وبقى الدين فى ذمته كما كان اه اتقانى (قوله فانه لا يصح) أى لا يكون قابضا لدينه بوضعه الدراهم فى كيسه اه (قوله فيكون) أى كيله فى غرائره ككيل المشترى بنفسه اه (قوله ولهذا اكتفى الخ) أى ولصحة الامر اكتفى بذلك اذا كاله بحضرة المشترى فهو استيضاح على صحة الامر لمصادفته الملك اه (قوله ألا ترى أنه الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولو أمر المشترى البائع بالطحن كان الدقيق للمشترى لصحة الامر لانه تناول ملك نفسه وفى السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الامر فان أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه بدلا عن المسلم فيه والاستبدال فى السلم حرام ولو أمر المشترى أن يلقيه فى البحر هلك من مال المشترى وفى السلم من مال المسلم اليه اه قوله لكونه بدلا عن المسلم فيه أى قبل قبضه اه فتح

(١) هنا بياض بالاصل

(قوله يصير قابضا) أى سواء كانت الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة اه اتقانى وكتب على قوله يصير قابضا ما نصه بالاتفاق اه فتح (قوله ولو اجتمع الدين والعين الخ) بان أسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا آخر معينا ودفع اليه ظرفا ليكيلهما فيه اه (قوله فان بدأ) أى المسلم اليه اه (قوله صار) أى المشترى اه كما ل (قوله أما العين فلصحة الامر به) أى لانه لاقى ملكه اه فتح (قوله وأما الدين الخ) قال الاتقانى وأما الدين فلانه اتصل بملك المشترى والعين فى يده حكما فصار الدين أيضا فى يده لاتصاله بها فصار قابضا للكل اه (قوله ليصنعها خاتما) ليس هذا فى خط الشارح (قوله وأمره أن يزيد عليه من (١٢١) عنده فضة) أى ففعل الصائغ ذلك

فى الشراء ويتقرر الثمن عليه وفى السلم على المأمور لما قلنا فان قبل البائع لا يصلح أن يكون وكيلا للمشترى فى القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور أن يكون وكيلا له هنا قلنا لما صح أمره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو أمره فى الشراء أن يكيله و يجعله فى ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا فى يد المشترى فصار كما لو أمره أن يجعله فى ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشترى وأمره أن يجعلهما فيه فان بدأ بالعين صار قابضا للكل أما العين فلصحة الامر به وأما الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ فضة ليصنعها خاتما أو أمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وأمره أن يزرعه فى أرضه قبل أن يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لهما أما الدين فلما ذكرنا وأما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند أبى حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين فلم يتيقن رضاه به حتى يكون شريكا له وعند أبى يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان الدين أولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البائع قابضا له لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين أيضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدأ بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشترى بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا للظرف ولما كان العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشترى بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشترك فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلما للمشترى بوضعه فى ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضيخان وذكر صاحب الهداية أن المشترى بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رحمه الله (ولو أسلم أمة فى كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الاقالة بقى وصح وعليه قيمتها) يعنى ماتت الامة بعد الاقالة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الاقالة أو ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها فى الاولى وصحت الاقالة بعد موتها فى الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا

فى غيبته جاز وصار الآمر بالخلط قابضا له اه (قوله وان بدأ) أى المسلم اليه بكيل الدين اه (قوله لم يصر قابضا لهما) أى رب السلم اه (قوله فلما ذكرنا) أى من عدم صحة الامر اه (قوله فلانه) أى رب السلم اه (قوله لما خلطه بملكه فقد استهلكه الخ) قال الاتقانى وان بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلط حنطة المشترى بحنطة نفسه بحيث لا تمتاز فصار مستهلكا والبائع اذا استهلك المبيع قبل القبض ينتقض البيع وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله أما عند صاحبيه فالمشترى بالخيار ان شاء شاركه فى المخلوط بقدر حنطته لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شاء تركه فينتقض البيع اه (قوله فينتقض البيع) أى لهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بأمره أجاب المصنف بمنع أنه فيه على

(١٦ - زيلعي رابع) هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اه كما لرحمه الله (قوله وهذا الخ) جواب سؤال اه (قوله ولم يصر البائع) كذا بخط الشارح وصوابه المشترى اه (قوله وهكذا ذكره قاضيخان) أى فى شرح الجامع الصغير اه (قوله فى المتن أو ماتت قبل الاقالة بقى) أى عقد الاقالة اه (قوله وهو يبقى ببقاء المعقود عليه) والدليل على أن المسلم فيه مبيع ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل المسلم فيه مبيعا اه اتقانى

عبدا بجارية ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما فانه يصح لبقاء أحدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال رحمه الله (وعكسها شراء ألف) أي عكس مسئلة السلم شراء الجارية بألف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما فحاصله أن هذا الجنس منقسم الى أربعة أقسام أحدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه أنهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك أحد البدلين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما أن يردا غيره بعد التقابل قال رحمه الله (والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا للنافي الوصف والاجل) يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال أحدهما شرطنا رديا وقال الآخر لم نشترط شيأ أو قال أحدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيأ كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيأ كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر أن المسلم فيه مع رداءته يزيد على رأس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم

(قوله ولا تبقى) أي بعد هلاكها اه (قوله بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا في القيمة القول قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم ألا ترى الى ما نص محمد في الاصل بقوله اذا تتاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك الثوب عند المطلوب قبل أن يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته والقول في ذلك قول المطلوب وعلى الطالب البينة على ما يدعي من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر في موضع آخر فيه أن القول قول المطلوب مع يمينه الا أن يقوم الطالب بينة على ما يدعي اه (قوله أو كلاهما) كذا بخط الشارح والظاهر كليهما (قوله مخرج التعنت) قال الكمال وهو أن ينكر ما ينفعه اه وكتب على قوله مخرج التعنت ما نصه لا مخرج الخصومة اه اتقاني (قوله وكان القول قول من يدعي الصحة) أي لان كلام المتعنت مردود فاذا رد بقي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اه اتقاني (قوله وان خرج مخرج الخصومة) قال الكمال وهو أن ينكر ما يضره اه (قوله فكذلك) يعني القول لمدعي الصحة اه (قوله كان القول قول المسلم اليه) أي بالاتفاق وهو قول الشافعي لان رب السلم متعنت لانه بانكاره الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال في العادة وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذلك الآجل ولولا أنه يربو عليه وان كان آجلا لم تطبق آراؤهم عليه اه كمال (قوله أن المسلم فيه) ليس هذا في خط الشارح (قوله وكلام المتعنت مردود) أي فيبقى قول الآخر بلا معارض اه فتح (قوله لانه يدعي الصحة) أي وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة اه كمال (قوله لانه منكر) أي وان أنكر الصحة اه فتح (قوله قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء) أي فان عند بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعي اه اتقاني ثم الاختلاف في الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل ففيه القول قول المدعي للاجل مع يمينه طالبا كان أو مطلوبا وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعيا للاجل أو منكرا والثاني في مقدار الاجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر وقال الآخر انه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة فان قامت لاحدهما البينة يقضى بينته وان قامت لهما يقضى ببينة المطلوب لانها تثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل قال الطالب كان الاجل شهرا وقد مضى وقال

الوصف

الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه أيضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرائطه لان شرط الشيء تبع له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما أقر به فلا يقبل كالمتنا كحين اذا ادعى أحدهما النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا أنهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وأنت صغيرة وقالت هي تزوجتني وأنا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل أنكره حيث أسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم) أما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل وأما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به عاذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام بأجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع أو النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع أمتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما ووجه قول الجمهور أن محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل

المطلوب كان شهرا ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة فان أقام أحدهما البينة يقضى ببينته وان أقاما البينة يقضى ببينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل اه اتقاني ويتطرق الدعوى عند قوله وان اختلفا في الاجل في هذا المجرد قال الكمال رحمه الله والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني أنه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قالا جيد أجبر على القبول اه (قوله لانه ينكر حقا عليه) أي لان رب السلم ينكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكن متعنتا اه (قوله شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم) وفي الهداية نصف الربح وزيادة عشرة وقال في النهاية هذا ليس بصحيح لانه على تقريره كان القول للمضارب كذا بخط الشارح اه (قوله وثبوته) أي ثبوت الشيء المشروط هنا اه (قوله وأما الاستصناع فللاجماع) قال في الهداية وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا قال الكمال الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيأ فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اه (قوله وقال الحاكم الشهيد) أي والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور اه فتح (قوله ولهذا) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه اه فتح قال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها اه (قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه) هذا الملحق ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا بد منه اه

بين مافيه تعامل ومالا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل ومالا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يطالب به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى مالم يره سماه شراء وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت أحدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ماذكرنا من أحكام البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لان البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته والاجارة لا يثبت فيها ماذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى مالم يره على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله (وله الخيار اذا رآه) أي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لانه اشترى مالم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهنا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع مالم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشتري لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله (وللصانع بيعه قبل أن يراه) لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه واذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه لانه بالاحضار أسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضا قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي اذا أجل المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز وأما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه محتمل يحتمل أن يكون ذكره للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه

شرط

(قوله الصرم) قال في المصباح والصرم بالفتح الجلد وهو معرب اه (قوله لانه اشترى مالم يره) أي فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله اه (قوله اذا أجل المستصنع صار سلما) حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف اه اتقاني (قوله فهو سلم) أي بلا خلاف اه اتقاني

شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحوه بخلاف مالا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد ألا ترى أنه يفسد اذا لم يضرب له أجل فحملناه عليه مهما أمكن لما ذكرنا ولابي حنيفة أنه يحتمل السلم فكان حمله عليه أولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل دون مالا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشياء فكان حمله على السلم أولى فيما احتمله لكونه أقرب الى الجواز ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له أجل لكونه أتى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود أولى من الترجيح باعتبار اللفظ ألا ترى أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا لو باع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو جاء به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل أن يكون السلم استصناعا بحذفه ألا ترى أن النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح أن يكون أجلا في السلم وقد بينا قدره من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بأن قال على ان تفرغ منه غدا أو بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما وفائدة كونه سلما أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من أحكامه على ما بينا

﴿باب المتفرقات﴾

قال رحمه الله (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ماروى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قضى في كلب بأربعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي ألا ترى ان الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة ألا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه

(قوله ثبت بالكتاب) أي بانه المزابنة اه اتقاني

﴿باب المتفرقات﴾

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلا) أي سواء كان الصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا أو اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط اه كمال رحمه الله قال الاتقاني وجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع بكلب الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك فعلم أن النهي كان قبل الاباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلما كان أو غير معلم اما اصطيادا أو حراسة لان كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجاني بنباحه اه وحدث أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهر الا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين احداهما أنه اذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لان أحدا لم يفرق بينهما والثانية أن ذكره للكلب المعلم لاجل ما فيه من النفع وكل ما أبيح الانتفاع به منها فهو مثله ويدل لذلك أن النهي انما يتناول الكلاب التي لا نفع فيها وانما ينتفع فيها الهراش والقمار وحدث الطحاوي في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كل صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وبقية السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطيادا ونحوه اه اتقاني رحمه الله (قوله البغي الخ) والبغي الزانية قال تعالى وما كانت أمك بغيا اه غاية (قوله والكلب ليس بنجس العين) اذ لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به أصلا كالخنزير اه اتقاني (قوله وبخلاف الهوام المؤذية) أي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعا فانه لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها اه غاية

الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب لانه روى عن ابراهيم انه عليه الصلاة والسلام رخص فى ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق فى ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم قال رحمه الله (والفهد والسباع والطيور) لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا فى الحال أو فى المآل وله قيمة كالجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لانه لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفى بيع القرد روايتان عن أبى حنيفة فى رواية الحسن عنه أنه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفى رواية أبى يوسف عنه أنه لا يجوز لانه للتلهى وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله (والذمى كالمسلم فى بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون فيحتاجون الى تبقية أنفسهم ليتحملوا أعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع فى حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر فى تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا فى الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهما أموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من أموالنا وهذا لانا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضى الله عنه فى الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا قال رحمه الله (ولو قال بع عبدك من زيد بألف على انى ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بألف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن) يعنى زاد هذه الكلمة بأن قال بع عبدك

(قوله حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب) أى لانها كانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمر بقتلها ونهى عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اه (قوله ولا فرق فى ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم) قال الاتقانى قال فى الايضاح بيع كل ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير جائز معلما كان أو غير معلم فى رواية الاصل وقال الشافعى لا يجوز بيع الكلب والنمر والاسد الى هنا لفظ الايضاح ونقل الناطفى فى الاجناس من مسائل الفضل بن غانم ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد فى نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفى الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس اه (قوله والصحيح الاول) صحح فى البدائع عدم الجواز قال لانه لا يشترى للانتفاع بجلده بل للتلهى وهو حرام فكان بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز اه (قوله وما لا يجوز من الربا) أى فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم فى حيوان ولا نسيئة فى صرف وكذا كل ما يكال ويوزن اه فتح (قوله لا يجوز لهم الا فى الخمر الخ) وذلك لانهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم الا الخمر والخنزير فانهم أقروا بعقد الامان على أن يكون ذلك مالا لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا وفيه نقض الامان والربا مستثنى فى عهودهم لانه لم يقع عليه عقد الامان قال تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وروى فى الايضاح وغيره ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى عهودهم ومن أربى فلا عهد له اه (قوله وخذوا العشر من أثمانها) حدث أبو يوسف فى كتاب الخراج فى فصل من تجب عليه الجزية عن اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها وخذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج وقال فى الاصل ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم فى الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفا واحدا هم فى البيوع كلها بمنزلة الاسلام ما خلا الخمر والخنزير ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما الخمر والخنزير فانى أجيز بيعهما بين أهل الذمة لانهما أموال أهل الذمة أستحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الاثر الذى جاء فى نحو ذلك عن عمر رضى الله عنه الى هنا لفظ الاصل اه اتقانى (قوله وبطل الضمان) أى لانه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اه (قوله والمائة على الضامن) أى لانه يصير بنفسه ضامنا حيث قال من الثمن فيجب عليه اه وكتب على قوله والمائة على الضامن ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة والمشترى لا يرغب فيه الا بألف فيجىء آخر فيقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف درهم على أنى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال الصدر الشهيد ولو لم يوجد باء ولا مساومة

من

من زيد بألف على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشترى والمائة على الضامن وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبنى على شيئين أحدهما ان الزيادة تصح وتلحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثانى أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشترى اذ لا يستفيد بازائه مالا يقابله وفصل الثمن يستغنى عن مال يقابله حقيقة ألا ترى ان الزيادة تجوز من المشترى وان لم يسلم له بمقابلتها شئ فكذا تجوز من الاجنبى اذا لم يسلم له شئ فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبى كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شئ بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب بحسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم تقابله حقيقة ألا ترى انه لو باع شيأ بأضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح وان لم يقل لم يوجد شرطها فلا تصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلته شئ من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبى وان لم يحصل يجوز لاستوائهما فى عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبى لا يرجع بها على المشترى ولا تظهر فى حق البائع وفى حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشترى لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه بها ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت فى حقه وان كانت من المشترى لعدم ولا يتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الزيادة لانها من الثمن وفى قياس قول أبى يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشترى ظهرت فى حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشترى ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشترى بالزيادة وان كان بأمره لانه لما نفذت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع الحقوق اليه أو لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبى فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هنا ولو رده بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشترى وذكر فى الكافى أن الشفيع يأخذها بألف ومائة فجعلها ظاهرة فى حقه أيضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشترى نفسه لم تظهر فى حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبى والمشترى لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت فى العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بأن قال بعه بألف على انى ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذى هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر جعلها زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشترى فجعل منه ثم اذا أدى يرجع عليه ان كان بأمره والا فلا وقد عرف فى موضعه فصار فى الحاصل للمسئلة ثلاث صور احداها أن يقول بعه بألف على أنى ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية أن يترك قوله سوى الالف والثالثة أن يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة فى العقد وأما اذا زاد الاجنبى بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشترى أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشترى جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشترى لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى المشترى بأن يقول زدتك على ثمن العين التى اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بأمره بل رسولا قال رحمه الله

ولكن ايجاب البيع بألف حصل عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحسانا ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقالت قد طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذلك هذا كذا قال فخر الاسلام اه اتقانى (قوله أحدهما أن الزيادة) أى فى الثمن والمثمن اه غاية (قوله فان قال من الثمن الخ) وأورد العتابى فى هذه المسئلة سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال من الثمن كيف يكون ثمنا ولم يدخل فى ملكه شئ من المبيع وكذلك هذا بيع بثمن على غير المشترى وانه فاسد قلنا له الثمن متى وجب مقصودا يشترط أن يكون فى ملكه شئ من المبيع وهنا تثبت الزيادة تبعا وصار كالزيادة فى الثمن بعد البيع وليس هذا بيع بالثمن على غير المشترى مقصودا بل البيع مقصودا بألف على المشترى وهذه زيادة ثبتت تبعا على غير المشترى وهذا جائز كالزيادة فى الثمن بعد البيع اه اتقانى فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبى ضامن بها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشترى لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن لاجنبى والحكم لا يثبت بلا سبب اه قال رحمه الله تعالى

(قوله لوجود الملك فى الرقبة على الكمال) أى بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما فى ملك نصفها لا يملك التزويج به اه كمال رحمه الله (قوله بخلاف البيع) أى لورود النهى فى ذلك والنكاح ليس ببيع ولا فى معناه فلا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه بخلاف النكاح اه اتقانى قال الكمال والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض اه (قوله كأنه فعله بنفسه الخ) ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج اه كمال (قوله وان لم يطأها لا يكون قبضا الخ) حتى لو هلكت بعد التزويج قبل القبض هلكت من مال البائع اه فتح (قوله والقياس أن يكون الخ) وهو رواية عن أبى يوسف اه فتح (قوله بنفس التزويج) حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى اه فتح (قوله لانه تعييب) أى وبالتعييب يصير قابضا اه اتقانى (قوله فصار كنقصان السعر) أى بخلاف الفعل الحسى كانتقاء عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه بهما يصير قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا فالمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء والعتق الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن وصار النكاح باطلا وقيد القاضى الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن ومن اشترى عبدا الخ) لان وانما وضع المسئلة فى العبد لا فى الدار لان فى الدار لا يتعرض القاضى لذلك ولا يبيعه فان القياس أن لا يجوز فى العبد الا أنه جوز فى العبد استحسانا لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج الى النفقة فى الدار كذا ذكر شيخ الاسلام وقال التمرتاشى وضع المسئلة فى المنقول لان القاضى لا يبيع العقار على الغائب اه (قوله لان فيه ابطال حق المشترى فى العين) أى المبيعة من غير ضرورة اه (قوله وان لم يدر أين هو) تبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اه فتح (قوله ونظرهما) أى البائع والمشترى اه (قوله وهذا لان العبد فى يده وقد أقر به) قال الكمال وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى لان ملك المشترى ظهر باقراره يعنى باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى أقر به وهو كونه مشغولا بحقه تبين أن البيع من القاضى ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هى الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك اه

(ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده) يعنى لو اشترى أمة وزوجها المشترى قبل القبض صح النكاح لوجود الملك فى الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح ألا ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا لها استحسانا والقياس أن يكون بنفس التزويج لانه تعييب حكمى ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوجة ردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء ووجه الاستحسان أنه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصانا فى الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسى اتصل بها فأوجب نقصانا فى ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كما لو أتلف عضوا منها بالقطع ألا ترى أنه لو أقر المشترى بدين على العبد المشترى قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا قال رحمه الله (ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والا بيع بدينه) أى اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشترى قبل القبض وأقام البائع البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه فان غاب المشترى غيبة معروفة لم يبعه القاضى بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين وان لم يدر أين هو أجابه القاضى فى المنقول ان أقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال لان القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد فى يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى أقر به ولا يقدر البائع أن يصل الى حقه فيبيعه القاضى احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشترى بعد القبض حيث لا يبيعه الحاكم

(قوله لان حقه غير متعلق به) أى بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسى وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها لاثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمى فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفى الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشترى وربما يتضرر بالنفقة على الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما فى يده لان البائع يستوفى حقه عما فى يده اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن حتى ينقد شريكه) قال فى الصحاح نقدته الدراهم ونقدت له الدراهم أى أعطيته فانتقدها أى قبضها ونقدت الدراهم وانتقدتها اذا أخرجت منها الزيف اه وعلى هذا فنقد بالمعنى الاول يتعدى الى مفعولين أحدهما بنفسه والثانى تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون تقدير كلام المصنف حتى ينقده شريكه الثمن بحذف المفعولين أو ينقد له شريكه الثمن والله أعلم اه (قوله قبل القبض) أى قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق لان للبائع الحبس بكل الثمن اه (قوله وهو أجنبى عن نصيبه) أى لانه ليس بوكيل عنه اه (قوله فصار كمعير الرهن) أى اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب اه (قوله يمكنه أن يخاصمه الى الحكام) أى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه اه (قوله فى المتن ومن باع أمة بألف الخ) قال الكمال ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها اه (قوله فى المتن فهما نصفان) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال جيد ذهب وفضة قال هذا نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة وقوله أبيعك مساومة لا ايجاب قالوا وانما وجب التنصيف ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم تترجح الفضة لكونها غالبة فى المبايعات لانهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك لو قال بعتك بألف من الدراهم (١)

لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضى يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه أن يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفى ضمنه يصح بيعه لان الشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع وأوفى ثمنه فان فضل شئ من دينه يمسكه للمشترى الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقى شئ منه يتبعه البائع اذا ظفر به قال رحمه الله (ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه) يعنى اذا اشترى رجلان شيئا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله أن يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه فصار الخلاف فى مواضع أحدها فى قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثانى فى حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث فى الرجوع عليه بما أدى والرابع فى اجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس فى اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابى يوسف أن الحاضر قضى دينا على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع فى التبرعات وهو أجنبى عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن وصاحب العلو فى قضاء الدين وبناء السفل ولهما أن الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفى كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأشبه الاجنبى والاصل أن الشئ متى تردد بين شيئين توفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبى يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا أولى من العكس لانه فى حالة الحضرة يمكنه أن يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفى حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف

(١) هكذا بياض بالاصل

(قوله أو أنفقها ثم علم بالعيب الخ) ههنا خمس مسائل احداها هذه الثانية كفل بالجياد ونقد الزيوف رجع بالجياد الثالثة اشترى بالجياد ونقد الزيوف بيعه مرابحة على الجياد الرابعة اشترى الدار بالجياد ونقد الزيوف فالشفعة بالجياد الخامسة حلف لا يقضين حقه اليوم وعليه جياد فقضى زيوفا بر اه قنية في الشفعة قوله فقضى زيوفا بر قال الكمال وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف برد الخ) قال الاتقاني وقولهما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان اه (قوله في المتن أو تكنس ظبي في أرض رجل) أي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر و يحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لمالك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض اه كمال رحمه الله قال الاتقاني رحمه الله وأراد بقوله تكنس استتر اه وقال الاتقاني ونقل الفقيه أبو الليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال قال محمد لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد أن يأخذه ولو اتخذ لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له قال وكذلك لو حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه وكذلك لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر بيت فجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لأجل ماء المطر فله أن يسترده وان كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الليث أيضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيدا باض في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان منعه اياه في موضع يقدر صاحب الارض على أخذه قريبا منه كان الصيد لرب الارض فمنعه منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو أن صيدا دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه اه (قوله لو دخل صيد داره) قال الكمال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة وكذا اذا وقع في ثياب الناثر من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه اه (قوله أزال) بفتح الهمزة والازال جمع نزل يقال طعام كثير النزل والنزل أي الريع وهو الزيادة اه اتقاني

المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كأنه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال رحمه الله (وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت أو أنفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه و يرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر الا أنه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا تنقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع أصلا بخلاف الراهن اذا أتلف الرهن أو المولى اذا أتلف ملك عبده المأذون المدين حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله (وان أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم أي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من أنزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا أخذ من أرض العشر قال رحمه الله (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم) والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري فاذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بأن قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا الا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بينا من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع و يجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على أن يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك أما الاجارة فظاهر لان فيها

(قوله في المتن ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) قال العيني أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اه (قوله والاجارة والاجارة) كذا في المتن وشرح عليه العيني اه وكتب على قوله والاجارة ما نصه قال الشيخ قاسم في شرح النقاية وفي تعليقها أي الاجارة بالشرط اختلاف المشايخ أيضا قال صاحب المحيط اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الاسكاف وقال الصفار لا يصح لانه تعليق التمليك بعوض وهو اختيار ظهير الدين اه قال في فتاوى قاضيخان في أول كتاب الاجارة رجل قال لغيره آجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف يجوز ذلك وقال الفقيه الصفار لا يجوز لانه تعليق التمليك بعوض فلا يصح كما لو علقها بشرط آخر والذي يؤيد قولهما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لامرأته اذا جاء غد فأنت طالق كان حانثا في يمينه وهذا يؤيد قوله والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خيار الشرط في البيع فقال أبطلت خياري غدا أو قال أبطلت اذا جاء غد كان ذلك جائزا قال وليس هذا كقوله ان لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري فان هذا لا يصح لان هذا وقت يجيء لا محالة ولو آجر داره كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الاجارة قال الفقيه أبو بكر البلخي كما يصح تعليق الاجارة لمجيء الشهر يصح تعليق فسخها لمجيء الشهر وغيره من الاوقات ومسئلة المنتقى تعليق ابطال الخيار يؤيد قوله وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمهم الله اضافة الفسخ الى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعليق الفسخ لمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اه قلت وحاصل ما ذكره في شرح النقاية أن الفتوى على صحة تعليق الاجارة كما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره قاضيخان أن الفتوى على ان اضافة الفسخ الى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره لا يصح اه (قوله وعزل الوكيل الخ) وأما تعليق الوكالة بالشرط فهل يجوز ينظر في الكنز قبيل كتاب المكاتب اه (قوله فيفسد بالشروط الفاسدة) قال العيني فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو باع دارا على أن يسكنها فالبيع فاسد كما مر اه (قوله ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ) لان تعليق التمليك لا يصح اه (قوله أو يلائمه) أي كالرهن والكفالة لانهما للوثيقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له اذا كان معلوما بأن كان الرهن والكفالة معينين اه ذكره الشارح رحمه الله في باب البيع الفاسد اه (قوله لاهل الاستحقاق) وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والاجنبي اه ذكره الشارح في البيع الفاسد اه (قوله والقسمة الخ) قال العيني بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهذا فاسد وصورة تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اه (قوله والاجارة) قال العيني بأن آجر دارا

بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو آجره اياها ان قدم زيد اه (١) وقوله والاجازة بالزاى بان باع الفضولى عبد فلان فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الى أو علق اجازته بشرط بان قال أجزت البيع ان رضى فلان لان الاجازة بيع معنى (قوله والرجعة) قال العينى بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضينى كذا أو ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقها أيضا اه وصورة أخرى لفساد الرجعة بالشرط الفاسد بان قال راجعتك ان انقضت عدتك فانها تفسد لانها لا تصح الا فى العدة اجماعا (قوله والصلح عن مال بمال) قال العينى بان قال صالحتك على أن تسكنى فى الدار سنة مثلا أو ان قدم زيد اه وكتب على قوله والصلح عن مال بمال مانصه كقوله اذا جاء غد فقد راجعتك وكذا لا يجوز اضافتها بان يقول راجعتك غدا اه وكتب مانصه صورة فساد الصلح عن مال بالشرط الفاسد بان ادعى على رجل مالا معلوما وأقر المدعى عليه أو أنكر فصالح المدعى عليه بشرط أن يقبل المدعى عبد المدعى عليه الآبق لاجل ما ادعى فقبل يكون الصلح فاسدا بناء على أن هذا شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد اذ الصلح عن مال بمال بيع فى حق المدعى مطلقا والقدرة على تسليم البدل شرط جوازه ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسدا وتعليقه بالشرط بان قال صالحتك على كذا اذا جاء رأس الشهر وقبل الآخر فانه لا يجوز لانه فى معنى البيع اه (قوله والابراء عن الدين) قال العينى بان قال أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهرا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الابراء عن الدين بالشرط الفاسد بان قال لمديونه أبرأت ذمتك عن دينى بشرط أن لى الخيار فى رد الابراء (١٣٢) فى أى وقت شئت وصورة تعليقه بالشرط بان قال لمديونه أو كفيله اذا أديت الى كذا أو متى أديت أو ان اديت الى خمسمائة فأنت برىء عن الباقى فهو باطل ولا يبرأ وان أدى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل به اه (قوله وعزل الوكيل) قال العينى بان قال لوكيله عزلتك على أن تهدى لى شيأ أو ان قدم فلان اه فالوكالة باقية لفساد العزل (قوله والاعتكاف) قال العينى بان قال على أن أعتكف ان شفى الله مريضى أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الاعتكاف بالشرط الفاسد بان قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لله بشرط أن لا أصوم أو بشرط أن أباشر امرأتى فى اعتكافى أو أن أخرج فى أى وقت أشاء لحاجة وغيرها يكون الاعتكاف فاسدا لان هذا شرط فاسد وتعليقه بالشرط بان قال نويت أن أعتكف عشرة أيام ان شاء الله اه (قوله والمعاملة) قال العينى بان قال ساقيتك شجرى أو كرمى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقيل صورة فساد المعاملة بالشرط بان ساقاه على أنه لا تخرج الثمرة فيه فيفسد لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج اه (قوله والمزارعة) بان قال زارعتك أرضى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد المزارعة بالشرط الفاسد بان عقد المزارعة وشرط لاحدهما قفزانا مسماة أو شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين فهى باطلة لانه عسى أن لا تخرج الارض الا هذا المقدار اه (قوله والاقرار) بأن قال لفلان على كذا ان أقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه عينى (قوله والوقف) بان قال أوقفت دارى ان قدم فلان أو أوقفت دارى عليك ان أخبرتنى بقدوم فلان اه ع (قوله والتحكيم) بان قالا حكمناك هذا ان كان كافرا أو محدودا فى قذف فلا يصح التحكيم لانهما جعلاه قاضيا بشرط عدم أهلية القضاء ﴿فرع﴾ يحفظ ولو قال كلما دخل نجم ولم تؤدّ فالمال حال صح والمال يصير حالا فى حيل شمس الائمة الحلوانى كذا فى الخلاصة فى الفصل الخامس من البيوع اه

تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيهما معنى المبادلة فصارا كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ماذكر فى الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهى المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته أو بمجىء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه الحال على ما نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بأن قال المحكمان اذا أهل الشهر أو قالا للعبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولابى يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال رحمه الله (وما

(١) قول المحشى وقوله والاجازة بالزاى ليس فى نسخ الشارح التى بأيدينا تعرض الكلام على الاجازة بالزاى وهى ثابتة فى المتن اه مصححه

(قوله فى المتن ومالا يبطل بالشرط الفاسد الخ) سبعة وعشرون شيأ على ماذكره اه عينى (قوله القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمنى شهرا مثلا اه عينى (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لى اه (قوله والصدقة) بان قال وهبتك هذه المائة على أن تخدمنى جمعة اه ع أو تصدقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون حملها لى اه وكتب على قوله والصدقة مانصه ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتن اه (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل أو قال رجل لآخر زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك بشرط أن يكون بضع كل منهما صداقا للاخرى فهذا شرط فاسد (قوله والطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجى غيرى (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون الخيار لى مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (قوله والعتق) بان قال أعتقتك على أن يكون الخيار لى ثلاثة أيام أو على أن لا ولاء لى عليك اه (قوله والرهن) بان قال رهنت عندك هذا العبد بمائة درهم على أن لا يكون مضمونا عليك أو على أن لا تقبضه وقبل الآخر اه (قوله والايصاء) بان قال أوصيت اليك على أن تزوج ابنتى أو أوصى الى فلان وشرط أن لا يخرج من الوصاية وان خان وترك حفظ الامانة فالايصاء جائز والشرط باطل (قوله والوصية) قال العينى بان قال أوصيت لك بثلث مالى ان أجاز فلان اه أو بان قال أوصيت بخدمة عبدى هذا لفلان على أن لا يسلم العبد الى الموصى له ومات الموصى والعبد يخرج من الثلث يسلم للموصى له بالخدمة لان هذا شرط فاسد لمخالفته لمقتضى الوصية وهى لا تبطل به اه (قوله والشركة والمضاربة) بان قال شاركتك على أن تهدينى كذا أو ضاربتك فى ألف على النصف فى الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان قاله العينى وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد فى الشركة والمضاربة بان عقدا الشركة لاحدهما ألف وللآخر ألفان وشرطا الربح والوضيعة نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة وعلى هذا اذا شرطا الوضيعة على المضارب بطل الشرط لا المضاربة (قوله والقضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا قاله العينى وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد فى القضاء بان قال القاضى لصاحب الحق أقضى لاجلك على (١٣٣) زيد بشرط أن تحط من دينك كذا أو تؤجله الى وقت كذا فهذا الشرط فاسد اه (قوله والامارة) قال العينى بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على أن تركب فهذا الشرط باطل ولا تبطل امرته بهذا (قوله والكفالة) بان قال كفلت عن غريمك ان أقرضتنى كذا اه (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى (قوله والوكالة) بان قال وكلتك ان أبرأت ذمتى عمالك على اه وكتب على قوله والوكالة مانصه بان قال وكلتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اه (قوله والاقالة) بان قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتنى كذا قاله العينى وقيل صورته بان أقال البائع مع المشترى البيع بشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة والشرط فاسد اه (قوله واذن العبد) بان قال لعبده أذنت لك فى التجارة بشرط أن تتوقت الى سنة مثلا أو على أن تتجر فى كذا فان اذنه يكون عاما فى التجارات والاوقات الى أن يحجر المولى لان هذا شرط فاسد بناء على أن الاسقاطات لا تتوقت (قوله ودعوة الولد) بان ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث ويبطل الشرط لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف وشرطه أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به كذا فى بعض الشروح وقال العينى بان قال لامته التى ولدت منه هذا الولد منى ان رضيت امرأتى اه (قوله والصلح عن دم العمد) بان صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدى اليه شيأ فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط اه (قوله والجراحة) بان شج رجلا موضحة خطأ فصالح بشرط أن يعطى الشاج زيادة عن ارش الموضحة أو كان عمدا فصالح على خمسمائة بشرط أن يقتص المشجوج بعد الشهر فالصلح جائز وشرط الزيادة فى الاول والقصاص فى الثانى بعد الشهر باطل لما يذكر فى باب الجنايات (قوله وعقد الذمة) قال العينى بان قال الامام لحربى يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل اه وكذلك لو شرط فى عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة أو أن لا يظهروا الكنائس (قوله وتعليق الرد بالعيب) أى كقوله ان وجدت به عيبا أردّه عليك ان شاء فلان اه عينى (قوله أو بخيار الشرط) بان قال من له خيار الشرط فى البيع رددت البيع أو أسقطت خيارى ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط قاله العينى (قوله الرؤية) كذا بخط الشارح والثابت فى المتون الشرط اه (قوله وعزل القاضى) بان قال الخليفة عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط قاله العينى

(ومالا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد فى التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضى) هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ألا ترى أنه

(قوله ويبطل الشرط) أى لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص بمخالفه فلذا ابطل الشرط وصح العقد اه (قوله فانها تفسد به) (١٣٤) أى على ما عرف فى موضعه اه (قوله الصلح عن جناية العمد) الذى فى خط الشارح الغصب بدل قوله العمد اه (قوله ثم الشيخ رحمه الله ذكرهنا) أى ثلاثة أقسام اه (قوله ولم يذكرهنا) أى ثلاثة أقسام أخرى اه (قوله فهو مختص بالاسقاطات المحضة) قال قاضيخان آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره اذا تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوج فلانة فطلقها الوكيل طلقت لان الوكالة تحتمل التعليق والاضافة اه وهذا تعليق لا اضافة كما لا يخفى (قوله والكفالة) اعلم أنه لم يكن فى خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد الا بذلك اه (قوله على ما بينه) الذى بخط الشارح على ما بينا (قوله الا مجازا) أى عن الوكالة اه (قوله فتسعة) كذا بخط الشارح والظاهر أنه فعشرة كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله وانما عدها الشارح تسعة نظرا الى أن البيع واجازته كشئ واحد اه

﴿ كتاب الصرف ﴾

وجه المناسبة مر فى أول باب السلم اه غاية قال فى المصباح صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفى وصيرف وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم ومنه اشتقاق الصيرفى اه وقال فى المغرب صرف الدراهم باعها هذا بدراهم أو بدنانير وأصرفها اشتراها والدرهم على الدرهم صرف فى الجودة والقيمة أى فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة

عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر وكذا أبطل شرط الولاء لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها ابتاعى فأعتقى فانما الولاء لمن أعتق قاله لها حين أراد موالى بريرة أن يكون الولاء لهم بعدما أعتقتها لكن الكتابة انما تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل فى صلب العقد بأن كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أى شخص شاء وأما اذا كان الشرط داخلا فى صلب العقد بأن كان فى نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد فى صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم أى من القسم الذى لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة ذكره فى النهاية فى آخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة فى موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها فى آخر كتاب الاجارة فنقول أما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التى يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا وأما الثانى وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فأربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والكفالة والوصية والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهى لا يتصور وجودها فى الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول أصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجىء بيانه فى موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا ألا ترى أن فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة ألا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقهما ويراعى فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل فى مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما يأتى فى الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال أو باقامة شخص مقام نفسه فى التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها أما الايصاء الى شخص فلانه توكيل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط وأما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور أن تكون للحال الا مجازا والقضاء والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط وأما الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الصرف ﴾

قال رحمه الله (هو بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه

صراف وصيرف وصيرفى وأصله من الصرف النقل لان ما فضل صرف على النقصان وانما سمى بيع الاثمان صرفا اما لان الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد الى يد فى مجلس العقد اه (قوله قاله الخليل) قال الخليل فى كتاب العين الصرف فضل الدرهم على الدرهم فى القيمة اه (قوله ومنه سمى التطوع الخ) قال الاتقانى رحمه الله وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه نظر لانه أورد الزمخشرى فى فائقه فى حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى ذكر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة وقال صاحب الجمهرة قال بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجمهرة اه ما قاله الاتقانى رحمه الله قوله من أحدث فيها حدثا قال الكمال والمراد من احداث الحدث فعل ما يوجب الحد اه وكتب على قوله ومنه سمى التطوع الخ ما نصه قال الكمال رحمه الله بعد أن أورد اعتراض الاتقانى على صاحب الهداية فى تفسير الصرف بالنافلة والجواب ان أهل اللغة اختلفوا فى ذلك فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة (١٣٥) الصرف الفريضة والعدل النافلة وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض عليه مع أنه الانسب اه (قوله من انتمى الى غير أبيه) الذى فى خط الشارح من انتمى الى غير الله (قوله ولا عدلا) المراد بالعدل الفرض الذى هو مستحق عليه ولا شك فى (١) (قوله لانه لا ينتفع بعينه) أى لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بغيرهما مما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب فى دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك اه اتقانى (قوله وقال عمر رضى الله عنه الذهب بالذهب الخ) روى محمد فى كتاب الصرف قال حدثنا عبيد الله بن عمر وعن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فانى أخاف الرماء وان استنظرك الى أن يدخل بيته فلا تنظره والرماء بالمد بمعنى الربا وقال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وعن ابن عمر أنه قال ان وثب من سطح فثب معه اه اتقانى (قوله لعدم الاولوية) أى لان أحد العوضين ليس بأولى من الآخر فى القبض لان خلقة الذهب والفضة للثمنية وان كانا مما يتعينان كالتبر والمصوغ اه اتقانى (قوله خلقة) أخرج ما هو ثمن بالاصطلاح كالفلوس قال البزازى ولو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من أحد الجانبين اه (قوله حتى لو ناما الخ) قال فى الاختيار ولو ناما جالسين لم يكن فرقة ولو ناما مضطجعين كان فرقة ولا يجوز خيار الشرط لانه ينفى استحقاق القبض ولا الاجل لانه يفوت القبض الذى هو شرط الصحة فان أسقطاهما قبل التفرق جاز خلافا لزفر اه قال الكمال رحمه الله ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما فى المجلس قبل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف

هذا فى الشرع وفى اللغة له تفسيران أحدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمى التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أى لا نفلا ولا فرضا وسمى هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثانى النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمى به على هذا الاعتبار لحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد قبل الافتراق قال رحمه الله (فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض) يعنى اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب أو الفضة بالفضة يشترط فيه التساوى والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا فى الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوى لحديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال عمر رضى الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى أن قال وان استنظرك الى أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم الاولوية تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا فرق فى ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا فى القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغى أن يشترط القبض مقرونا بالعقد الا أن حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما

(١) هكذا بياض بأصله

درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التى لى عليك بالدنانير التى لك علىّ فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما مفترقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما فى رأس مال السلم اه فتح وكتب على قوله حتى لو ناما ما نصه قال فى شرح الطحاوى ثم وجود التقابض فى مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى انهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلا أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافترقا جاز الصرف وكذلك الحكم فى تسليم رأس المال فى باب السلم يعنى أن قبض رأس المال قبل التفرق بالابدان شرط وقال شمس الائمة البيهقى فى كفايته والافتراق المعتبر الافتراق بالابدان دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا أو ناما فى المجلس أو أغمى عليهما أو طال قعودهما لا يبطل لما مر أن الدراهم والدنانير لا يتعينان اه اتقانى (قوله بخلاف خيار المخيرة) يعنى أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل وان مشت مع زوجها لان اشتغالها بالمشى دليل (١٣٦) الاعراض عما جعل اليها فيبطل خيارها ان لم تفارق الزوج اه اتقانى (قوله ثم علما

أو أغمى عليهما فى المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه قال رحمه الله (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا فى المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضر الجزاف وان افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا أسقط الخيار أو الاجل فى المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوى حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا أما وجوده فى علم الله تعالى لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام تنبنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء قال رحمه الله (ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه فان باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب) لان فى تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغى أن يجوز العقد فى الثوب كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين فى العقود والفسوخ دينا كانت أو عينا ألا ترى أنه لو أسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا أسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالشابكالى لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيأ على أن يكون الثمن على غيره ألا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيأ من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدلى الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب وأما اذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالالف ثمن الطوق)

تساويهما قبل الافتراق صح) قال الاتقانى فأما اذا وزنا فى المجلس فوجدا سواء فكان القياس أن لا يجوز لان العقد وقع على فساد فلا يصح بعد ذلك وفى الاستحسان يجوز لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فكان العلم بالمماثلة فى المجلس كالعلم بها فى حال العقد اه وكتب على قوله صح ما نصه وعن أبى حنيفة لا يجوز اه كمال (قوله فسد بيع الثوب) أى وثمن الصرف على حاله يقبضه منه ويتم العقد الاول اه غاية وكتب على قوله فسد بيع الثوب ما نصه ولا يبرأ بائعه عن بدل الصرف اه (قوله كما نقل عن زفر) أى ولا يبرأ بائعه عن الصرف عنده أيضا اه ذخيرة (قوله فهو ثمن الطوق) قال الكمال رحمه الله وبين الفساد بترك القبض يعنى والفساد بالاجل فرق على قول أبى حنيفة فى مسئلة وهى ما اذا باع جارية فى عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من ألف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل فى الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل بأن باعها بألف درهم الى أجل فسد فيهما عنده خلافا لهما فانهما قالا يفسد فى الجارية وفرقه ان فى الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فخص محله وهو الصرف وفى الثانى انعقد أولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفى الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح فى المشهور وليس فى الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلى والاوانى من الذهب لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفا أو ستوقا فحكمه فى جميع أبوابه من الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم اه (قوله فالالف) كذا هو بخط الشارح رحمه الله والذى بأيدينا من نسخ المتن فالنقد اه

يعنى لو باع أمة فى عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق وقيمتها ألف بألفى مثقال ونقد منه ألفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال ثمن الطوق وفى عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل ألف أى قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر فى الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقى بالجارية قل قيمتها أو كثرت تحريا للجواز فلا فائدة فى بيان قيمتها ولا فى بيان قيمة الطوق الا اذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهبا أو بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد فى قوله فالالف ثمن الطوق أى الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه فى المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع فى الجميع عند أبى حنيفة وقالا يفسد فى الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط فى حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابى حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بخلاف الفساد فى المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده قال (وان باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين أو قال من ثمنهما) يعنى يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين أنه حصتها أو قال خذ هذا من ثمنهما أما اذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح وأما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسى أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ولهذا إذا قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقتان فولدت أو حاضت إحداهما طلقتا لانه يراد به إحداهما لاستحالة اجتماعهما فى ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما إذا قال إن حضتما أو ولدتما فأنتما طالقتان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بأن الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شئ واحد فيجعل المنقود عوضا منه ولان مراده أن يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق قال (ولو افترقا بلا قبض صح فى السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا) يعنى بطل العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز لقدرته على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ هذا الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فيكون أعرف بجهته قال الراجى عفو ربه ينبغى أن تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من أنه ينصرف الى الحلية على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعنى ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح فى السيف خاصة والا فسيطل فى الكل لما بينا وفى المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف

(قوله فيتقدر الفساد بقدر المفسد) أى كما فى المسئلة الاولى وهى ما اذا باعهما بألفين ونقد من الثمن ألفا وقال هى من ثمن الجارية اه (قوله بخلاف الفساد فى المسئلة الاولى) أى وهى ما اذا اشتراها بألف نسيئة وألف حالة وتفرقا قبل قبض الالف حيث لا يتعدى الفساد اه (قوله نسيا) كذا بخط الشرح والتلاوة بدون الفاء اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام) أى لمالك بن الحويرث وابن عمه (قوله يكون المقبوض ثمن الحلية) أى اذا كانت لا تتخلص من السيف الا بضرر كما سيأتى آنفا فى كلامه وكلام المحيط اه (قوله لتعذر تسليمه بدون الضرر) أى ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر فى جزع من سقف اه كمال

فعلى هذا ماذكره فى المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ماذكر فى المحيط هذا اذا علم أن الفضة التى هى الثمن أكثر مما فى الطوق والحلية وان علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال (ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما) يعنى اذا باعه بفضة أو ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر مالم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد ولا يثبت للمشترى خيار العيب أيضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث يثبت له الخيار فى أخذ الباقى لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجىء قال (وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى ما بقى بقسطه أورده) لان الشركة فى الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهى ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقى عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشترى على ما بينا قال (ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقى بقسطه بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض قال (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما) أى بان يبيعهما بكرى بر وكرى شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يصح هذا العقد أصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضى الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففى حمله على خلاف الجنس تغييره فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان أمكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح فى المشترى بألف لانه اشترى ما باع بأقل مما باع وان أمكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يصح للتنكير وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد فى الدرهمين لانه صرف فيهما وان أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الآخر ولنا ان فى صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع بأصله ووصفه والفاسد بأصله دون وصفه ولان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف فى موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق ألا ترى انه لو قال عند المقابلة على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان مناقياله لما صح فكان حمله على المقيد المصحح أولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة ألا ترى ان الكلام أصله أن يكون مستعملا فى حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو

(قوله فجهة الفساد من وجهين) أى اذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل وجهة الصحة من وجه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اه (قوله فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة) أى وكذا اذا اختلف التجار فى قدرها فالبيع باطل اه غاية (قوله لانه طارئ) أى بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض اه كاكى رحمه الله (قوله فصار كما اذا اشترى قلبا) أى من الفضة وزنه عشرة دراهم اه غاية (قوله وثوبا) أى قيمته عشرة دراهم اه غاية (قوله بصرف الالف الى المشترى) أى والباقى الى العبد الآخر اه (قوله بطل) الذى فى الهداية فسد اه

تغيير

(قوله ونصفه بغير المقبوض) قال فى الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى أن العقد شرع جائزا والفساد انما يكون بمفسد ومعارض وههنا متى حكمنا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أثبتنا أمرا عارضا لمفسد لم يأت هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول اذا أريد بهذه المقابلة مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد أريد المقيد ههنا بدلالة حال التصرف فكان هذا تصحيح التصرف على الوجه الذى قصده المباشر لا على خلافه اه اتقانى رحمه الله (قوله فانه ينصرف الى نصيبه) أى وهو النصف الشائع بين النصيبين اه (قوله بخلاف مسئلة المرابحة فانه) أى لو صرف كل الربح الى الثوب لا يبق بيع الثوب والقلب جميعا مرابحة لانه حينئذ يكون بيع الثوب مرابحة وبيع القلب تولية والعاقد قصد بيعهما مرابحة فيلزم تغيير تصرفه أصلا بخلاف ما نحن فيه اه غاية (قوله وفى الثانية الخ) أراد بها قوله فيما سبق وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة اه (قوله غير متعين) أى فيبق الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لانا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس اه غاية (قوله والثالثة) أى وهى ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك

تغيير الوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هى موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك فى الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم افترقا صح البيع فى المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا فى نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضى أن يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبق فضلا فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بألف درهم وفى البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية فى القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له أصلا وفى الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه أيضا بصرف الالف ومائة اليه أو الالف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفى هذا نظر فان الطرق متعددة فى مسئلة الكتاب أيضا فانه يجوز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه أقل تغييرا فكان أولى والثالثة أضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفى الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفى الابتداء متحقق فلابد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل فى هذا الباب ان أحد البدلين يجب قسمته على البدل الآخر وتظهر فائدته فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء وان كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذى يصح فيه العقد لا غير قال (واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) يعنى يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) يعنى يجوز بيعهما لانهما جنس واحد فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف والغلة هى الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال وتأخذه التجار ولا تنافى لاحتمال ان تكون هى المقطعة قال (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع

أحدهما اه (قوله وفى الرابعة) أى وهى ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض اه (قوله بدونه) أى بدون الصرف الى الجنس اه (قوله لا غير) أى لان القسمة انما تطلب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز أن يقسم قسمة تبطل العقد اه (قوله وقيل هو ما يرده بيت المال) يعنى يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل لكونها قطعا اه غاية (ولا تنافى الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال قوله الغلة ما يرده بيت المال ينافى قوله درهم صحيح لان الذى يرده بيت المال زيوف فلا يقال لضده صحيح بل يقال جياد فأجاب بما ذكر ويؤيده ما ذكره فى الايضاح بكره أن يرده غلة ليرد عليه صحيحا فأفهم ان الغلة هم المقطعة والله أعلم (قوله فى المتن ودينار بعشرة الخ) اعلم ان ههنا ثلاثة فصول الاول ما اذا باع الدينار بعشرة مطلقة والثانى أن يضيف الى الدين بأن يبيع

الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أى يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة التى عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز أما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين أحد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم أن السالم بيقين أزيد من الذى على خطر التوى فيتحقق الفضل ألا ترى انهما لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما نابتا قبل البيع ويسقط بالبيع وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذى وجب عليه بالصرف غير الذى كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذى كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين ألا ترى أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه أخذ ما فى ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز فى رأس مال السلم وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثانى اقتضاء فكذا هذا ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذى يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا الا ان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهى عنه ولان جواز السلم مخالف القياس رخصة وهو أخذ عاجل بآجل للضرورة فاذا لم يقتض شيأ فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا تجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذى على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف قال (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا) ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا

الدينار بالعشرة التى عليه والثالث ن يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان والاول والثانى مذكوران فى المتن والثالث سيذكره الشارح رحمه الله انتهى (قوله أما اذا قابل الدينار بالعشرة الى آخره) قال الاتقانى رحمه الله أما اذا أضاف الى الدين صح بالاجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هى عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما فى الباب ان هذا عقد صرف وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض أحد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم ينقد الآخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين فى معنى التاوى فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث ملكه فلم يبق خطر الهلاك وتحقيقه أن تعين البدل الآخر انما كان احترازا عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات معنى الخطر فى دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد منهما على الآخر دين حتى تصارفا دراهم دين بدنانير دين لم يصح انتهى (قوله لانه يكون استبدالا ببدل الصرف) أى قبل القبض ولهذا لم تجز هذه المقاصة بلا تراض ولهذا لو أخذ مكان الدراهم دنانير أو عرضا لا يجوز انتهى اتقانى (قوله فثبتت الاضافة اقتضاء) وأبى ذلك زفر لانه لا يقول بالاقتضاء وخالفنا فى ذلك كما خالفنا فى قوله اعتق عبدك عنى بألف درهم انتهى غاية (قوله وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث) قال الاتقانى رحمه الله وأما اذا أحدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بأن باع مشترى الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة فى المجلس لانهما فقيه روايتان فى رواية أبى حفص لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسى وقاضيخان وفى رواية أبى سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد والعتابى وجه رواية أبى حفص أن النبى صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة فى حديث ابن عمر فى دين سابق لا لاحق ووجه رواية أبى سليمان أن العقد الاول ينفسخ اقتضاء تصحيحا لما قصدا وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه والمسئلة فى كتاب الصرف قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض انتهى اتقانى (قوله ولهذا لا تجوز اضافته الى الدين الى آخره) ولا ينافى هذا ما تقدم أنه لو أسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم انتهى (قوله ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) أى الا اذا اشترى بها ثوبا أو عرضا

لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقى فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردىء والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذى فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار أصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما نذكر من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى قال (وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب فى الشرع قال (فصح بيعها بجنسها متفاضلا) أى بالمغشوش مثلها عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط فى الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا فى الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لابد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كأنه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا بالاذابة فان الذهب والفضة يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب فى الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق أو يهلك ولا لون له فى الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذى فى الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شئ كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب الذى فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل فى الغطارفة والعدالى وان كان الغالب فيها الغش لانها أعز الاموال فى ديارهم فى ذلك الزمان فلو أبيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال (والتبايع والاستقراض بما يروج عددا أو وزنا أو بهما) لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر فى الفلوس العادة فى المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال (ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا) يعنى ما دامت تروج لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى قال (ويتعين بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها فى الاصل هى سلعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى أصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهى مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها فى الاولى ولعدمها فى الثانية قال (والمتساوى كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض وفى الصرف كغالب الغش) يعنى الذى استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه فى التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التى غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة فى سنبلها الا أن يشير اليها فى المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو أشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم تتعين وفى الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بازاء الفضة وزنا والزيادة بازاء الغش وان كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التى فى المغشوش أو مثلها أو لا يدرى لا يجوز لما فيه من الربا اه اتقانى

بعينه وأشار اليه وأضاف العقد اليه فان العقد جائز وان لم يسم وزنه لانه يصير معلوما بالاشارة ولكن لا يتعين العقد انتهى غاية (قوله فى المتن وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم الى آخره) اعلم أن الكرخى يسمى هذا النوع الستوق فقال الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب فاذا كان الصفر أو النحاس هو الغالب كانت فى حكم الصفر أو النحاس حتى لا تباع بالصفر أو النحاس الا مثلا بمثل يدا بيد ولكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس تجويزا للعقد ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما اشترط القبض فى الفضة اشترط فى الصفر أو النحاس أيضا لان فى تمييزه مضرة انتهى اتقانى (قوله وان كان يأخذها الى الخ) فان كان يقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف والا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا اه (قوله ولعدمه) الذى بخط الشارح ولعدمها اه (قوله فى المتن والمتساوى الخ) قال فى الغاية وان كان الغش مع الفضة سواء فيكون حكمه حكم الفضة فى أنه لا يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا واذا قوبل بالفضة الخالصة فى البيع يراعى فيه طريق

(قوله فى المتن وكسد الخ) قال الكمال وماذكرنا فى الكساد مثله فى الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أوانقطعت فلولم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لوغلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بالف بذلك العيار الذى كان وقت البيع اه قال فى الاشارات اذا اشترى شيأ بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لزفر وقال فى شرح الطحاوى ولواشترى بمائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أوالدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظران كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فصار لان كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر ولونقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقد النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اه اتقانى (قوله بطل البيع) ليس على حقيقته بل المراد بالبطلان الفساد اه (قوله وعلى هذا اذا باع شيأ بالدراهم الى آخره) لما ذكر المصنف حكم الدراهم التى غلب عليها الغش إذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدراهم الجيدة اه (قوله اوانقطعت عن أيدى الناس) قال الكمال وان لم يكن أى المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا اه ﴿فرع﴾ نقل فى الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم فقبل ان يدفع الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له اه غاية (قوله والاقيمته) أى كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اه غاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل) قال الاتقانى ان وجه قولهما أن الكساد لا يوجب الفساد لان غاية ما فى الباب أن التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد اه (قوله ثم انقطع عن أيدى الناس) أى لا يبطل البيع اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الآتية فكذا هذا اه فتح (قوله لكن يعتبر قيمته يوم البيع) قال الكمال قال فى الذخيرة وعليه الفتوى اه (قوله وعند محمد يعتبر يوم الكساد) قال فى التحفة وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع قال أبو يوسف تجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اه غاية وكتب على قوله وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد ما نصه قال الكمال وقال محمد وعليه قيمته آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة وفى المحيط والتتمة والحقائق وبه يفتى رفقا بالناس اه (قوله فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل) المراد منه الفساد أيضا إذ غايته أنه بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه يكون البيع فاسدا كما ذكره ابن فرشتا فى أول فصل البيع الفاسد نقلا عن الايضاح وقال فى الكنز فى باب التحالف ما نصه اختلفا فى قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهنا فالمثبت الزيادة وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدئ بيمين المشترى وفسخ القاضى بطلب أحدهما قال الشارح لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اه فهذا صريح بأن

الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط وفى فتاوى قاضيخان ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكرنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة فى حق الصرف احتياطا قال (ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيأ وكسد بطل البيع) أى لو اشترى بالدراهم التى غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن أيدى الناس وعلى هذا اذا باع شيأ بالدراهم ثم كسدت أو انقطعت عن أيدى الناس بطل البيع ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما والا فمثله ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيأ بالرطب ثم انقطع عن أيدى الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند أبى يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى أن ينقطع فاذا انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ ولابى حنيفة أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضى لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال

البيع بلا ثمن فاسد لا باطل اذ الفسخ يستدعى وجود العقد وهو معدوم فى الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق وعبارة الاشارات التى نقلتها عند قوله فى المتن كسد الخ تؤيد ما قلته اه (قوله وحد الكساد الخ) قال فى الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور فى البيوع انها لا تروج فى جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد فى بلدة واحدة يكفى فى فساد البيع فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا ولو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفى العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فأما اذا كان لا يروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه العقد وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير اه اتقانى (قوله فى المتن وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) قال أبو الحسن الكرخى قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الفلوس والدراهم والدنانير أثمان الاشياء لا تتعين فى البيع وان شرط المتبايعان أعيانها ويكون ما أوجب كل منهما فى العقد على نفسه دينا فى ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين ان شاء أعطى العين وان شاء أعطى مثلها وليس للمشترى منه أن يجبره على تسليم العين اليه والخيار فى ذلك الى البائع دون المشترى قال القدورى فى شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا فائدة فى تعيينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين فالعاقد بالخيار ان شاء سلم ما أشار اليه وان شاء سلم عينها وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة لانها مبيعة فالمبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم يتعين اه اتقانى وكتب على قوله النافقة ما نصه النافقة الرائجة اه اتقانى (قوله فى المتن ولو كسدت الخ) وانما قيد بالكساد احترازا عن الرخص والغلاء لان الامام الاسبيجابى ذكر فى شرح الطحاوى وأجمعوا ان الفلوس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية أو فلوسا فى الحال التى تنفق فيها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال سمعت أبا يوسف قال عليه فى قياس قول أبى حنيفة مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن الرواية فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخى لم تختلف الرواية عن أبى حنيفة فى قرض الفلوس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشر وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض فى الدراهم التى ذكرت لك أصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت فى آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اه اتقانى (قوله فى المتن أفلس) والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفلس وفى الكثرة فلوس اه مصباح (قوله وكذا فى حق) أى وكذا قول محمد أنظر فى حق المقرض أيضا الخ اه

إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهى مقدورة التسليم لانا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا فى العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل وفى النحاس وأمثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لان الشئ اذا رجع الى أصله قلما يزول وحد الكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد فان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان كان موجودا فى يد الصيارفة وفى البيوت قال (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) لانها أموال معلومة صارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب فى الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما فى الدراهم ويجوز أن يكون لتعليق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بابطاله بان يقولا أردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة فتحريا للجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا يتأتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال (وبالكاسدة لا حتى يعينها) أى اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن أيدى الناس لكن عند أبى يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أنظر فى حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا

(قوله وقول أبى يوسف أيسر) قال فى الهداية وقول محمد أنظر للجانبين قال الاتقانى أى لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان على قول أبى حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبى يوسف تجب القيمة يوم القبض ولاشك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر لهما جميعا اه (قوله معلومة) أى للمقرض والمستقرض وسائر الناس اه غاية (قوله ويوم الكساد لاتعرف) أى تشتبه على الناس ويختلفون فيها اه غاية (قوله وعند أبى يوسف يوم الغصب) والذى بخط الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اه (قوله فى المتن ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) قال فى الهداية ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس قال الاتقانى رحمه الله هذا لفظ القدورى فى مختصره قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لايجوز فى جميع ذلك كذا ذكر الخلاف فى المختلف والحصر وغيرهما وجه قول زفر أن الفلوس تعتبر بالعدد وتتقدر به لا بالدانق والدرهم

فى حق المقرض بالنظر الى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لاتعرف الابحرج ولأبى حنيفة أن القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لاتعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا أنه اعارة فى المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبنى على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن أيدى الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبى حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء فى يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين أولى لانه أعدل من القيمة وانما عدل فى الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله (ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو ربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لايجوز لانه بيع إما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لايجوز أما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لايجوز فبقيمة غيره أولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد وأما الثانى فلان الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن ولهذا لايجوز فى الكثير منه بهذا الطريق فكذا فى القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطى بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف فى القليل وهو معلوم بين الناس لاتتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدى الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضى الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لايجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد فى الدرهم وقال أبو يوسف يجوز فى الكل لانه معلوم عند الناس ولاتتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كالو بين عدد الفلوس قلنا أن نمنع قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطنى به نصف درهم فلوسا ونصفا الاحبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس

فاذا لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس يكون شرط صفقة فى صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا أن كلامنا فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدانق من الفلوس معلوما عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدانق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك فى بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كأنه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولانسلم أن العقد وقع على الدانق والدرهم بل وقع على الفلوس لانه أوضحه بلفظ الفلوس والفلوس تستعمل فى الكسور صونا الدراهم عن الكسر وذكر الدانق لتقدير الفلس
فلوس
الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لاتستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على الدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس شرط صفقة فى صفقة فلا يجوز اه (قوله ولو اشترى بدرهم فلوس لايجوز) قال فى الهداية ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبى يوسف لان ما يباع من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لايجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبى يوسف أصح سيما فى ديارنا اه وكتب على قوله فى ديارنا ما نصه يعنى ما وراء النهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد هذه المسئلة وهى شراء الفاكهة بدرهم فلوس فى كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جملة الاثمان والصرف نوع بيع يقع فى الاثمان اه اتقانى (قوله فى المتن نصف درهم فلوسا) بالنصب على أنه صفة للنصف فى قوله نصف درهم ويجوز جره على أنه صفة لدرهم أى بدرهم هو فلوس اه اتقانى بالمعنى

(قوله وبنصف درهم الاحبة من الفضة) أى فجاز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطنى بهذا الدرهم كذا كذا فلوسا ونصف درهم الاحبة فلو صرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو بمعناه فكان النصف الاحبة بازائه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقى من الدرهم قال فى الاصل ولو شرط فقال أعطنى كذا كذا فلوسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الاقيراطا كان هذا جائزا كله اذا تقابضا قبل أن يفترقا اه اتقانى (قوله حتى لو قال أعطنى بنصفه) قال فى الهداية ولو كرر لفظة الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان قال الاتقانى رحمه الله ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب أن

فلوس وبنصف درهم الاحبة من الفضة فيكون نصف درهم الاحبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة بطل فى الكل على قياس قول أبى حنيفة وعندهما صح البيع فى الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطنى بنصفه فلوسا وأعطنى بنصفه نصفا الاحبة جاز فى الفلوس وبطل فى الفضة بالاجماع وقدم نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا فى هذه المسئلة قبل أن يقبض الفلوس والنصف الاحبة بطل فى النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولا يبطل فى الفلوس لان العقد فيها بيع فيكتفى بقبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل فى الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى أن الاموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أولا قوبل بجنسه أو بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا فى العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة فى الاصل كالفلوس فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا فى الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لاتستحق بالعقد الا دينا فى الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لاتستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا أخرى فكان ثمنا فى حال مبيعا فى حال ومن حكم الثمن أن لايشترط وجوده فى ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد فى غير السلم وأن لايصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لايجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس فى المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لايتعين وفى غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لايتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والآخر غير مقدر كالثياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئا بكالئ والله أعلم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

وهى مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أى ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا

قول أبى حنيفة كقولهما اذا كرر لفظ الاعطاء بأن يجوز العقد فى حصة الفلوس ويبطل فى حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر فى كتاب الصرف من الاصل وقال واذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا كذا فلوسا وأعطنى بنصفه الباقى درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة فان هذا فاسد لانه صرف نصفه بنصف الحبة وينبغى على قياس قول أبى حنيفة أن يفسد فى الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة فاذا فسد بعضها فسد كلها وفى قول أبى يوسف الفلوس جائزة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الاحبة باطل الى هنا لفظ محمد فى الاصل فقد صرح أن الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما بيعان اه (قوله جاز فى الفلوس الخ) أى لان العقد تفرق بتكرار الاعطاء كذا قالوا لكن فيه اشكال لان قوله أعطنى مساومة كقوله بعنى وبالمساومة لاينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال بتكرار أعطنى يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على انهما عقدا عقدين اه ابن فرشتا (قوله وبطل فى الفضة بالاجماع) أى لتكرار لفظ أعطنى اه (قوله ومن شرطهما) أى المبيع والثمن اه

﴿ كتاب الكفالة ﴾

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا فى البياعات ولان فى الكفالة اذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة اه اتقانى قال الكمال رحمه الله أورد الكفالة عقيب البيوع لان غالبا يكون تحققها فى

الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشترى فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمى نبيا ذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم اه (قوله والاول أصح) فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك وأحمد فى رواية فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين أى على القول بأنه ضم ذمة الى ذمة فى الدين (١٤٦) كما ذكره بعض الشارحين قال فى المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب براءة حق الطالب لأن (١)

(قوله وفى الغاصب الخ) قال الولوالجى رجل غصب من رجل مالا فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالمختار أن المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى لان الاول غاصب والثانى غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يبرأ الثانى وان ضمن الثانى برئ الاول اه ذكره فى الغصب (قوله وركنها الايجاب) قال الاتقانى وركنها ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافا لابى يوسف فى القبول وحكمها وجوب المطالبة على

وكافل اليتيم كهاتين فى الجنة أى ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله (هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة) هذا فى الشرع وقيل هى ضم ذمة الى ذمة فى الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا ألا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيأ من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما أن يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من أحدهما أيهما شاء والاول أصح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأه البائع صح وكذا الولى والوصى يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون أو ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا أمكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال فى الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيأ فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل فى حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفى الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على أحدهما غير عين فلهذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق التوثق بتكثير محل المطالبة أو تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابى يوسف آخرا وشرطها أن يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجىء فى موضعه وأن يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له فى التجارة والمكاتب والصغير

الكفيل عما على الاصيل وعند الشافعى حكمها وجوب الدين على الكفيل اه وكتب ما نصه قال الكمال وأما ركنها وكذا فالايجاب والقبول بالألفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف فى قوله الأخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده فى الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول الشافعى واختلفوا على قول أبى يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل اه (قوله وشرطها الخ) ومن شرطها أيضا أن يكون الدين صحيحا سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق اه غاية وكتب ما نصه قال فى البدائع ومنها الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا فى التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان اعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لانها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اه (قوله كالعبد المأذون له فى التجارة) قال الشيخ كمال الدين فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور وقال فى باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبى غير المأذون اه

(١) هكذا فى الاصل والكلام منقطع كما ترى اه مصححه

(قوله وقال الشافعى لا تجوز الخ) قال الكمال ثم نقل عن الشافعى أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا اه (قوله فلا يتناوله الحديث) وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مما يضر وهو الغرام اللازم ذكره فى المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق (١٤٧) مع الايجاب والقبول والشرائط اه

(قوله وفيه) أى الضرر موجود فى الكفالة بالنفس لانه يلزم باحضاره فيتضرر به اه (قوله فى المتن بكفلت بنفسه الخ) شروع فى ذكر الالفاظ التى تثبت بها الكفالة وهى صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلى والى ولك عندى هذا الرجل وعلى أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أو ادعه الى وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين فى الماضى وكسرها فى المضارع وروى فى الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها فى الماضى وضمها وكسرها فى المضارع ثم هذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة فى اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه

وكذا لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع بأكثر منه وأنواعها فى الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقة اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهى نوعان كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هى أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة بأعيان هى أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح وألفاظها مذكورة فى المتن قال رحمه الله (وتصح بالنفس وان تعددت) أى وان تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعى رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير أمره لانه لا ينقاد له ولا يلتزم طاعته وكذا اذا كان بأمره لان أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية فى ماله ليؤدى عنه من ماله فالنفس أولى فصار كما لو باع طيرا فى الهواء بخلاف الكفالة بالمال لانه وان لم يكن له ولاية على مال الآمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدى من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس أو بالمال فيقتضى شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احياء حقوق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلمه مكانه فيخلى بينه وبينه اذ التخلية تسليم أو يوافقه اذا دعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه ذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضى فكانت مفيدة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعى أن الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله الآية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضى الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس على حين جرى بينه وبين عمر رضى الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكن الوجود عقلا لا حقيقة ألا ترى أنه اذا التزم ألف حجة بالنذر يصح ويلزمه وان لم يتأت منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة أيضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهى تحتمل العدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثانى اذ المقصود منها التوثق فلا تنافى قال رحمه الله (بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع) أى تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه الى آخره أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه فى الطلاق قال رحمه الله

أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفا ولغة ومجازا كهو رأس وهو رقبة وتقدم فى الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخى رحمه الله لا يصح كما فى الطلاق الا أن ينوى به البدن والذى يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين فى الناس ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم أما فى زماننا فلا شك فى ذلك اه كمال رحمه الله (قوله أو ربعه) أى أو بجزء منه لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها اه كمال رحمه الله وقوله لا تتجزأ بأن يكون بعضها كفيلا وبعضها لا اه

(قوله فى المتن وبضمنته) قال الكمال رحمه الله ووجه ضمنت بأنه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى أكثر الصور اه ومقتضاه أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس وقد تبع الكمال فى هذا تلميذه العلامة قاسم فقال عند قول صاحب المجمع وبقوله ضمنته هذه فى الكفالة بالمال فينبغى الافصاح لئلا يتوهم انها فى النفس اه واعلم أنى قد راجعت بعون الله نقولا كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم يصرح بأن ضمنت من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسفى فى كافيه وبعضهم فى قوة الصريح فانهم يذكرونها فى الكفالة لا بالنفس فى الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها فى ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق لكن قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فى شرح القدورى عند قوله فى الكفالة بالنفس وكذلك ان قال ضمنته أو هو على أو الى أو أنا زعيم به أو قبيل واذا ثبت أن هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اه وينبغى أن يقال هذه الالفاظ اذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس واذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمحض حينئذ للكفالة به (قوله فى المتن لا بأنا ضامن لمعرفته) أى وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزم لانه مصدر متعد لاثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لا يلزمه شئ وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث فى النوازل هذا القول فى النوازل غير مشهور والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد وفى خزانة الواقعات وبه يفتى وهو أى بظاهر الرواية لكن نص فى المنتقى فى قول أبى يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفى فتاوى النسفى لو قال الذى لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه اليك أو اقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفى الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم تؤدّ فأنا أؤدى نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج اه كمال رحمه الله (قوله قال الفقير الخ) هذا يوهم أنه من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن علمائنا فقد ذكر شراح الاصل اه (قوله فلا معنى لحبسه) كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل اه فتح (قوله فى المتن وان غاب) أى وعلم مكانه (قوله ولم يحضره حبسه) أى الى أن يظهر للقاضى تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر

(وبضمنته) أى تصح بقوله ضمنته لك لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال رحمه الله (وبعلى) يعنى تصح بقوله على لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رحمه الله (والى) لانها بمعنى على فى هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام من ترك كلا أو عيالا فالى قال رحمه الله (وأنا زعيم به) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أى كفيل قال رحمه الله (وقبيل به) لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله (لا بأنا ضامن لمعرفته) أى لا يصير كفيلا بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه أو قال أوقفك عليه قال رحمه الله (فان شرط تسليمه فى وقت بعينه أحضره فيه ان طلبه) لانه التزمه بالشرط فى الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه فى ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل قال رحمه الله (فان أحضره والا حبسه الحاكم) لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد الفقير ينبغى أن يفصل كما فصل فى الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر بأول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغى أن يفصل على هذا التفصيل وذكر فى النهاية معزيا الى الايضاح وهذا اذا لم يظهر عجزه وأما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار أو بالبينة قال رحمه الله (وان غاب أمهله مدة ذهابه وايابه) أى ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد وا الحبس للمماطلة قال رحمه الله (فان مضت ولم يحضره حبسه) أى اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه قال رحمه الله (وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمدين اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل

الى وقت القدرة كالاعسار بالدين اه كمال رحمه الله (قوله فيؤجل الكفيل مدة الخ) قال الكمال ولم يفصل فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعى فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أظهرهما الا يسقط الطلب كما فى دونها والثانى يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة اه (قوله مواعدة) أى مواعدة اه وبه عبر الكاكى وقوله مواعدة كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله فى المتن ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى الخ) ولو شرط أن يدفع اليه عند الامير فدفع عند القاضى أو عزل ذلك الوالى وولى غيره فدفع اليه عند الثانى جاز اه غاية نقلا عن الخلاصة (قوله لاثبات حقوقه) قال الكمال وقولهما أوجه اه (قوله ولا يفيد فى المحبوس) نقل فى الفتاوى الصغرى عن كفالة العيون اذا ضمن لآخر بنفسه فحبس المطلوب فأتى به الذى ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه قال محمد لا يبرأ لانه فى السجن وان كان انما ضمنه نفسه وهو فى السجن فدفعه اليه فى السجن يبرأ وان كان ضمنه فى السجن ثم خلى عنه ثم حبس ثانيا فدفعه اليه قال ان كان الحبس الثانى فى أمر من أمور التجارة أو نحوها فله أن يدفع اليه فى الحبس وان كان فى شئ آخر من أمور السلطان لا يبرأ اه غاية

وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعى وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا الثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغى أن يبرأ الكفيل كالموت حقيقة لانا نقول هذا ليس كونه حقيقة وانما هو موت حكمى فى حق قسمة ماله بين ورثته فأما فى حق نفسه فهو حى مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره فى النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال فى الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه قال رحمه الله (فان سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب أيضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط فى وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه فى ذلك الوقت أو قبله لان الاجل حق الكفيل فله أن يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله أن يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه خذه ان شئت ثم لا يخلو اما أن يسلمه بعد طلبه أو لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه الله (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه ثمة) لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذى التزمه فاذا سلمه فى مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه فى السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق وان سلمه فى برية أو فى سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته فى ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم فى مجلس الحاكم لا يبرأ على هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضى وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذى التزمه وهو أن يسلمه فى مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضى ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل أن يكون شهوده فى ذلك المصر وكذا يحتمل أن يكون قاضى ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومان فبقى التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فأبو حنيفة قال ذلك فى زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصره ومصر آخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره أسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد فى المحبوس قال رحمه الله (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) يعنى الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه أصيل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لابقاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الى الورثة

(قوله المكفول له) كذا بخط الشارح وصوابه المكفول عنه اه (قوله اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه) أى كالغاصب برد العين المغصوبة الى المغصوب منه يبرأ بمجرد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لانه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع (١٥٠) يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه اه غاية (قوله اذا لم يقل من كفالته) أى لانه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اه غاية (قوله في المتن فان قال ان لم أواف به غدا الخ) ولو قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ووافاه لم يلزمه المال اه صغرى في الوكالة وكتب عليه أيضا ما نصه لان المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافاة لا تعليقها بالموافاة اه (قوله فهو ضامن لما عليه) انما قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يوافه به الى وقت كذا فعليه كذا لا تصح الكفالة عند محمد وسيجيء اه غاية (قوله لان الكفالة بالمال الخ) لانه اذا أدى المال برئ عن أحد الضمانين فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه احضاره لعدم التنافي بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه دينا آخر فلا جرم أنه وجب الاحضار اه غاية (قوله وهذا هو القياس) قال الاتقاني ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والزعيم الكفيل بين الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجيء بالصاع فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا الان شرع من قبلنا وشرع من قبلنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث) أى انها معاوضة انتهاء الاترى الخ اه (قوله وباعتبار النذر وجب) أى اذا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها اه بدائع (قوله والتعليق بعدم الموافاة متعارف) أى بين الناس لانهما كالكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال كذلك فصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اه اتقانى رحمه الله

على المكفول له ان كانت الكفالة بأمره والا فلا شيء لهم كما اذا أدى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه وصيه أو وارثه فلا يبطل حقه اذهم قائمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله (ويبرأ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برىء) لان موجب التسليم البراءة فتثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان يطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا أقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر أنه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب برد العين المغصوبة أو قيمتها وكالمدين اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه أجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه أن يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط أن يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على أنه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان ولو سلمه اليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه قال رحمه الله (فان قال ان لم أواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفي بوجودها ألا ترى أنه لو كفلهما جملة في وقت واحد صحت ولا تنافي بينهما وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى أو بمال آخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا أن الناس تعاملوا والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره ولان باب الكفالة أوسع لكونها من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بأمره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلا وباعتبار النذر وجب أن يجوز تعليقه بالشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ولانه ليس بتعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته أو لعجزه بموته أو بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة

مستحقة

(قوله ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية معنى المسئلة رجل قدم رجلا الى القاضي وادعى عليه مائة دينار و بينها بأن قال ركنية أو نيسابورية أو لم يبينها بأن ادعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا وفي جامع شمس الائمة ومن ادعى على آخر مائة دينار و بينها أو لم يبينها أي و بين مقدار المدعى به أو لم يبين مقدار المدعى به وكذا في جامع قاضيخان اه (قوله بخطر) هو عدم الموافاة اه فتح (قوله عند عدم الموافاة به) وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس اه كمال (قوله وفي غيرهما من الحدود لا يجبر) ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في أول كتاب (١٥١) الكفالة من شرح كتاب الكافي أن الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقال في الشامل أيضا في أواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى قيامي ان كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي باعطائه لا في الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم قال أبو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفي كذا ذكر في التحفة ثم لا يحبسه القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول اه غاية (قوله ولو سمحت) أى لو تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالاجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اه غاية

مستحقة عليه وبموت المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعد ما برئ ألا ترى أن الطالب اذا أبرأه عن الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ للعجز عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرأ عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاواه أن وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر دعه فأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي وأثبتها لزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى و بينها لا تلزمه وله فيه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا يوجب أن لا يصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي أوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو أن المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح أما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا للكلام المهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه تصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا للتصرف ولو كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف قال رحمه الله (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما أن الكفالة بالنفس

شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما فى دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غنى عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز بها اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على اعطاء الكفيل فيهما يفضى الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات ولو أعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود وألحق التمرتاشى حد السرقة بهما فى حق جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفى الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعى يحتاج الى أن يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفى المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى أحد فيها فلا تجوز الكفالة بها أصلا وان طابت بها نفسه وسمعت فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى أن يقوم القاضى من مجلسه فان أقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه فى باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر قال رحمه الله (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أى لا يحبس فى الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس فى الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال رحمه الله (وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بألف وبما لك عليه وبما يدركك فى هذا البيع وما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى وما غصبك فلان فعلى) أى تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه عليه اجماع الامة وهى مبنية على

(قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد مطلقا) رواه البيهقى من حديث عبد الله بن عمرو اه وكتب على قوله فى حد مطلقا يعنى لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة فى جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام النبى عليه الصلاة والسلام ذكره الخصاف فى أدب القاضى عن شريح وقال الصدر الشهيد فى شرح أدب القاضى روى هذا الحديث مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم ولئن رفعه فتطر اه غاية (قوله ومبناهما) أى حد القذف والقصاص اه (قوله بنفس من عليه) أى اذا سمعت به نفسه اه (قوله فاذا لم يكفل عنده) أى عند أبى حنيفة اه (قوله لكن يأمره بالملازمة الخ) ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب اه (قوله بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس الخ) والحبس بالتهمة ذكروه أيضا فى أول باب الحدود قال الكمال فى باب الحدود وأما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بهز بن حكيم عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة زاد الترمذى والنسائى ثم خلى سبيله وحسنه الترمذى وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فأتوا بهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يك الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لى فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك فى سبيله قال فقتل يوم اليمامة اه ما قال الكمال

﴿فرع يحفظ﴾ الكفيل بأمر الاصيل اذا أدى المال الى الدائن بعدما أدى الاصيل ولم يعلم به لا يرجع على الاصيل لانه شئ حكمى فلا يفترق فيه العلم والجهل كعزل الوكيل ضمنا قاله فى القنية قبل باب الكفالة بالنفس اه (قوله لانه نهاية العقوبة فيه) وفى الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود اه غاية (قوله ولو كان المكفول به الخ) وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة ألا ترى الى ما قال فى شرح الطحاوى ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجى ولو قال لرجل ما بايعت فلانا فهو على جاز ذلك ولزمه كله قليلا بايعه أو كثيرا مرة أو مرارا لانه ليس فى هذه الكفالة الا جهالة المكفول به لانه لا يدرى ما يبايع وهى لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول له معلوما اه

التوسع

التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه أن يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه قال رحمه الله (وطالب الكفيل أو المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة) أى الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له أن يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبئ عن الضم وذلك يقتضى بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا أحال بشرط أن لا يبرأ المحيل فله أن يطالبه لما عرف ان العبرة للمعانى لا لمجرد اللفظ قال رحمه الله (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصر) أى يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط والملاءمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلى الثمن أو بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلى ما عليه من الدين أو بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلى ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المجئ بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذى يجب عليه الاجرة لانا نقول أمكن حمل الآية على الكفالة بأن يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب عليه الاحكام كأنه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول هو من جهته وأنا بذلك الحمل الذى على الملك كفيل ولا يقال ان الآية تدل على أن الكفالة بالمجهول جائزة وأنتم لا تقولون به فلم تبق لكم حجة لانا نقول جاز أن تنسخ من هذا الوجه وتبقى معمولا بها من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه أن الجهالة فى المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلى

(قوله فانه ليس بدين صحيح) أى لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء أو الابراء اه غاية (قوله فى المتن وطلب) كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطالب اه (قوله بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة) قال قاضيخان رحمه الله رجل له على رجل مال فقال الطالب للمطلوب أحلنى بمالى عليك على فلان على انك ضامن لذلك فهو جائز وله أن يأخذ المال من أيهما شاء لانه لما شرط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة اه ومن هذا يعلم حكم ما يقع فى زماننا من قول رب الدين للمدين أحلنى على فلان واضمن لى صحة الحوالة اه (قوله فى المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) ثم قال فى القنية فى باب تعليق الكفالة بعد أن رقم لصاحب المحيط وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح وأطلق القدورى رحمه الله فى مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الاقطع فى شرحه اذا كان الشرط لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز تعليقها به كقوله اذا استحق المبيع أو قدم زيد لان الاستحقاق للوجوب وقدوم زيد قد يسهل به الاداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضاربه وان كان الشرط بخلاف ذلك لم يجز كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم رقم لشرح أبى ذر انما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق فأما دخول الدار وقدوم زيد فليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله الا أن الاصح ما ذكره أبو نصر انه يصح بقدوم زيد وقد نص عليه فى تحفة الفقهاء اه (قوله كشرط) هذا هو الثابت فى نسخ المتن وفى خط الشارح كشروط اه (قوله كان قدم زيد الخ) لان قدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء اه (قوله كقوله ما غصبك فلان فعلى) وقال فى الاجناس أيضا ولو قال ما قضى لك به على فلان فعلى انه لا يلزم الكفيل ما أقر به المطلوب حتى يقضى به عليه ولو مات المطلوب قبل أن يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له عليهم يحق لزم الكفيل ولو مات الكفيل لحقه فى تركته ذكره فى تركة الاصل وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فأنا له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه لان تقديره ضمنت لك ما يجب على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز ولا كذلك اذا سمى انسانا بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو على جاز وعلى هذا المعنى ذكر فى كفالة الاصل لو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلى فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شئ لان تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين ما بايعتموه به من شئ فعلى جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالك فأنا ضامن له لم يلزم الضامن شئ حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل التقاضى فقال وارثه أعطيك

أولا أعطيك فالمال يلزم الكفيل وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال ان تقاضيت فلم يعطك فأنا له ضامن فمات المطلوب قبل التقاضى بطل عن الضمان وقال فى المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا اليوم فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه فى أول مرة ولا يلزمه ثمن ما بايعه بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه المسائل كلها مذكورة فى الاجناس ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاصل رجل قال للمودع ان أتلف المودع وديعتك أو جحدها فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن صح بخلاف ان أكلك سبع اه اتقانى قال الكمال بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل كل منهما أجلا يعنى من هبوب الريح ومجىء المطر كأن يقول كفلت لك بمالك عليه الى أن تهب الريح أو الى أن يجىء المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما نحو اذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل اه (قوله وجهالة المكفول له) قال الولوالجى (١٠٤) ولو قال لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم لان المخاطبين معلومون وغيرهم مجهولون اه (قوله لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول) قال قاضيخان فى كتاب الاقرار قبيل فصل اقرار المريض رجل قال لغيره من بايعك بشىء فأنا كفيل عنك بثمنه لم يجز ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار الى قوم معينين معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه جاز اه (قوله فى المتن ولا يصح بنحو ان هبت الريح) اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت فى هذا الموضع ففى نسخة وعليها شرح الزيلعى رحمه الله كما شاهدته فى خطه هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا وعلى هذه النسخة يكون ما نسبه الزيلعى من السهو للهداية والكافى منسوبا لعبارة الكنز والذى فى غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فان جعل أجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا ولا سهو فى عبارة الكنز على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنا ضامن أو ان نزل المطر فأنا كفيل اه (قوله هكذا ذكر فى الهداية والكافى) صاحب الهداية قلد صاحب المبسوط فى هذا الاستعمال فانه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل فى الكفالة الى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال كفلت بكذا الى أن تمطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزم الكفيل) لانه أى الكفيل ضمن ما عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على المكفول عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عيانا فصار كأنه ضمن بالالف التى عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال الاتقانى أما اذا عجز الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل فى مقدار ما أقر به لانه مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا أقر بشىء مجهول وانما اعتبر قول الكفيل مع اليمين لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشىء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال وأما اذا أقر المكفول عنه بأكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق فى الاكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه والآخر على الكفيل فيصدق فى اقراره على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال فى الشامل فى قسم

وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال رحمه الله (ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) يعنى لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر فى الهداية والكافى وهذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره ولو جعل الاجل فى الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال فى جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال رحمه الله (فان كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعنى اذا تكفل رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شىء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله (والا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) يعنى اذا أقر الكفيل بشىء والمسئلة بحالها وادعى الطالب أكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى

فاقر

المطلوب بما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل الا قوله ما قضى عليه لم يلزمه الا أن يقضى القاضى لان قوله ما ذاب أى حصل وقد حصل باقراره ولو قال ما لك أو ما أقر لك به أمس فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا مالا واجبا عليه فى الحال ولم يثبت أنه واجب فان قال ما أقر فأقر فى الحال يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضى لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل الى هنا لفظ الشامل اه (قوله والقياس أن لا يلزمه شىء لما بينا) وكذا لو قال ما بايعته فعلى فقال المكفول عنه بايعنى وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحسانا بدون بينة اه خلاصة (قوله فى المتن فان كفل بأمره رجع الخ) رجل كفل عن رجل بمال بغير أمره ثم أجاز المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيأ لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيخان وسيأتى فى كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معللا اه وكتب ما نصه ثم ينبغى لك أن تعرف أن رجوع الكفيل على المكفول عنه اذا وجد الامر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز (١٠٥) اقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع والا فلا وبه صرح فى التحفة وكفاية البيهقى وغيرهما حتى ان الصبى المحجور اذا أمر رجلا أن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع لان الاصيل مستقرض عن الكفيل معنى واستقراض الصبى لا يتعلق به ضمان بخلاف استقراض البالغ وأما العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق لان أمره صحيح فى حق نفسه دون مولاه اه اتقانى (قوله لانه قضى دينه بأمره) أى لان الكفالة اذا كانت بأمر كانت بمعنى القرض كأنه قال أقرضنى كذا وادفعه الى فلان وذلك جائز فكذلك هذا اه اتقانى (قوله أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به) قال فى التحفة ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدى لانه ملك ما فى ذمة الاصيل حتى انه اذا كان عليه دراهم صحاح جياد فأدى زيوفا وتجوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجياد وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض فانه يرجع بالدراهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى لا بما على الغريم وبخلاف الصلح اذا صالح من الالف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالالف لانه اسقاط البعض اه اتقانى (قوله أو وهبه) يعنى اذا وهب المكفول له المكفيل المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكتب ما نصه قال فى شرح الطحاوى ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى اه اتقانى قوله ولو وهب أى الطالب اه قوله له أى الكفيل اه (قوله ففعل) كما لو صالحه عن ألف على مائة على أن يهبه الباقى فان الكفيل يرجع حينئذ بألف اه (قوله فى المتن ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) أى لان الكفيل كالمقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يؤد اه اتقانى رحمه الله

فاقر فلان على نفسه بألف درهم مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شىء لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر له عليه فى المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه متكفل بما يجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتى بأى طريق كان وفى مسئلة الكتاب تكفل بما عليه فى الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة ويصدق المطلوب فى حق نفسه لا قراره عليه كالمريض اذا أقر بدين يرد اقراره فى حق غرماء الصحة ويقبل فى حق نفسه حتى اذا فضل شىء من غرماء الصحة كان للمقر له قال رحمه الله (فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره ومعناه اذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبى محجور عليه وغير عبد محجور عليه أما اذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى رديا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهى جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينتقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة أو نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يتابع الاصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى ان أدى أردأ من الدين وان أدى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شىء فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهبه الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بادائه بجنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على أن يهبه الباقى ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة وأما اذا تكفل بأمر الصبى أو العبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منهم من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الآمر بخلاف الصبى والعبد المأذون لهما لان أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملكا أن يتكفلا عن أحد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال رحمه الله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) لانه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله (ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) لانه التزام المطالبة

(قوله فى المتن فان لوزم لازمه) اعلم أن الكفيل بالامر اذا طولب طالب الاصيل واذا حبس حبسه واذا أدى رجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه وأما اذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه فليس للكفيل ملازمة الاصيل ولا له أن يحبسه اذا حبس ولا له أن يرجع عليه اذا أدى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا فى شرح الطحاوى هذا كله اذا كانت الكفالة بأمر من عليه أما اذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع اه اتقانى (قوله فى المتن وبرئ بأداء الاصيل) قال الاتقانى وجملة القول هنا ما قال فى شرح الطحاوى واذا برأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا أنه اذا برأ الاصيل يشترط فى ذلك قبوله أو يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول ولورده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا فى ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو برأ الكفيل صح الابراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له (١٥٦) أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى وفى الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف فى الابراء لا يحتاج الى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفى الاصيل يتفق حكم ابرائه فى الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول فى الكل ولو كان الابراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولورد ورثته ارتد وبطل الابراء عند أبى يوسف لان الابراء بعد الموت إبراء للورثة وقال محمد يرتد بردهم كما لو أبرأهم فى حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى اه (قوله وبراءته توجب براءة الكفيل) أى لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل بالاداء أو الابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا ان يبق هذا اه اتقانى (قوله فى المتن ولا ينعكس) قال الاتقانى رحمه الله قال فى شرح الطحاوى واذا أخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيرا عن الاصيل ولورد الكفيل التأخير ارتد بخلاف الابراء للكفيل انه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الاصيل تأخر عنهما جميعا لان ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس بتبع لضمان الكفيل ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا صحت الكفالة وتأخر الدين عنهما لان الاجل ألحق بالدين والدين على الاصيل الا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءتهما جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة إبراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا سبيل له على الكفيل (١) لمال على المحتال عليه اه

واغا يملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشترى فيما يرجع الى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا فى مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى أن يوفى الثمن كما كان ذلك للبائع اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدى كما كان للمشترى أن يطالب المشترى منه اذا باع المبيع قبل أن يوفى الثمن الى البائع قال رحمه الله (فان لوزم لازمه) أى ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبسه لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله (وبرئ بأداء الاصيل) أى برئ الكفيل بأداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه الله (ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أى لو أبرأ الطالب الاصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين فى حقه أيضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ اذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها فى رواية والاحكام تشهد به ألا ترى أنه لو توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء فى المال المحتال به كأنه مات وعليه دين له ولغيره يحققه أن الدين فيها لم يسقط بالاتفاق وانما المحول من ذمة الى ذمة إما الدين أو المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال رحمه الله (ولا ينعكس) أى براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة أو تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخره ألا ترى

(١) قول المحشى ولا سبيل له على الكفيل الخ هكذا فى الاصل ولعل فى الكلام سقطا فحرر اه مصححه

(قوله بخلاف ما اذا تكفل الخ) نص عليه فى الكافى اه (قوله مؤجلا الى شهر مثلا) قال فى المحيط ولو كان المال حالا فكفل به انسان مؤجلا بأمر المكفول به وطلبه فانه يجوز ويكون تأجيلا فى حقهما استحسانا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه حال على الاصيل مؤجل فى حق الكفيل لان التأجيل وجد فى حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم فى حق الاصيل كما لو أجله بعد الكفالة وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الاجل الى نفس الدين فتكون المطالبة عليه ابتداء مؤجلة ولن تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء الا بعد ثبوت التأجيل فى حق الاصيل فيتأجل فى حق الاصيل فيتأجل فى حقهما بخلاف ما لو كفل حالا ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الاصيل لانه أضاف التأجيل الى من عليه المطالبة لا الى الدين فلم يتغير الحكم فى حق الاصيل اه (قوله فانصرف الاجل الى الدين) أى وان كان قرضا وهذه حيلة فى تأجيل القرض اه تبيانى وكتب ما نصه ذكر (١٥٧) فى المحيط الكفالة بالقرض الى أجل جائزة وهو حال على الاصيل ومثله فى خزانة الاكمل وشرح التكملة ولا يلتفت الى ما قاله العلامة الحصيرى فى التحرير من تأجيله على الاصيل فانه مخالف لعامة الكتب كذا قال الشيخ قاسم فى حاشية المجمع لابن فرشتاذ كره قبيل فصل الربا اه (قوله ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه إما أن يذكر الخ) أى كان يقول الكفيل مثلا للطالب صالحتك عن الالف التى على على خمسمائة على أنى والمكفول عنه بريآن من الخمسمائة الباقية برئا جميعا والطالب فى الخمسمائة التى وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الاصل ان كان بأمره وان شاء أخذها من الاصيل اه (قوله فى المتن رجع على المطلوب) أى والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره اه اتقانى (قوله الكفيل يرجع على المكفول عنه) أى بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم هو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا اه كمال (قوله فى المتن وفى برئت أو أبرأتك لا) ذكر المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لا خلاف فيهما وهما قوله برئت الى وأبرأتك اه (قوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض) حتى كان للطالب أن يأخذ الاصيل به اه كمال وكتب ما نصه لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى لان البراءة فى هذه الصورة ابتداؤها من الطالب والبراءة التى ابتداؤها من الطالب لا تكون الا بالاسقاط اه

ان الدين وجود بدونه ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتأجل عن الاصيل أيضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين قال رحمه الله (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا) أى صالح الاصيل أو الكفيل الطالب على خمسمائة عن الالف التى عليه برئ الكفيل والاصيل أما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا وأما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئا عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان فان أدى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بأمره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذا الحكم أو لم يشترط شيء فكذلك أيضا أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل قال رحمه الله (وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب) أى الكفيل يرجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة التى يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء منه فصار كأنه قال دفعت الى أو نقدتنى أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل قال رحمه الله (وفى برئت أو أبرأتك لا) أى فى قوله للكفيل برئت أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير أن يقول الى يحتمل أنه برئ بابرائه ويحتمل أنه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال أبو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب أن يبرأ الا بالاداء بأن يضع المال بين يديه ويخلى بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا إقرار منه بالقبض ألا ترى أنه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا أدى أو وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء

(قوله في المتن وبطل تعليق البراءة من الكفالة الخ) اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقدمر بيانه أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول اذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة وذلك لان في الابراء معنى التمليك والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائها الى معنى القمار قاله الاتقاني وقال الكمال قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط أي بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لي البعض أودفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة (قوله وقيل يصح) أي قيل تعليق البراءة من الكفالة صحيح اه (قوله في المتن والكفالة بحد وقود ومبيع) يعني اذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين لا يمكن اداؤه من الكفيل اذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز اه (قوله فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه) أي بموكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به كالحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعني أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لان الكفالة بتسليم النفس الى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فانه لا تجوز لان العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اه اتقاني (قوله في المتن وصح لو ثمنا) قال القدوري واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز قال الاقطع وذلك لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كالقرض اه (قوله أو مبيعا) كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن بالواو (قوله ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين) عنوان كفل عن البائع تسليم المبيع الى المشتري أو كفل عن المرتهن تسليم الرهن الى الراهن أو كفل عن الآجر بتسليم المستأجر الى المستأجر اه (قوله في المتن وحمل دابة الخ) قال القدوري رحمه الله في مختصره ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت الكفالة قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله وذلك لان الدابة ان كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فاذا تكفل بالحمل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح وليس كذلك اذا كانت الدابة غير معينة لان الذي يلزم المؤجر الحمل وهو مما يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به اه قال الاتقاني رحمه الله وقال في المبسوط ولو تكارى دابة أو عبدا وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤاخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على

اذا أبرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل انه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك قال رحمه الله (والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة) يعني الكفالة بهذه الاشياء باطلة أما الكفالة بأنفسهما الحد أو القصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة وأما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه الا بدفعه أو بدفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد أن يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله (وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا) يعني ان كان ثمن المبيع يصح الخ لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فأمكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لان تسليم العين واجب على الاصيل فأمكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة والاجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله (وحمل دابة معينة مستأجرة

وخدمة

وخدمة عبد استؤجر للخدمة) يعني لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استأجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه ألا ترى ان المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوليه في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وجه قوله الاول أن الكفالة التزام مطالبة من غير أن يجب بمقابلته على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عنده الاذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد ألا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وانشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته قائمة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه بأن يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضاء بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضرر عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شيء واقع فيقبل منه قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن اضرارا بأحد قال رحمه الله (الا ان تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان أن هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا الا تصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء دينه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال اضمن عن فلان أو كأنه حضر وقبل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قال رحمه الله (وعن ميت مفلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بجنازة رجل من الانصار فقال هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال

الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فلو هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر اه وكتب على قوله وحمل دابة ما نصه بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة اه عيني (قوله في المتن وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على قوله وحمل دابة أي وبطل الكفالة أيضا بخدمة عبد اه

﴿فرع﴾ قال قاضيخان رجل قال لجماعة اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له على فلان ثم ان المديون أقام بينة انه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته ويبرأ المطلوب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لان قول الكفيل ذلك كان اقرارا بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ الكفيل والمديون جميعا (قوله ولو تكفل بتسليم الدابة الخ) قال قاضيخان رحمه الله رجل كفل على رجل بمال والطالب غائب والمكفول عنه حاضر فأجاز الغائب بعد ذلك لا تصح الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد وتصح في قول أبي يوسف ولو كان المكفول عنه غائبا والطالب حاضرا فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء أو الابراء أو انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط ولهذا يبقى في حق حكم الآخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو ترك مالا ولهما انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين أي أداؤه كما يقال وجب عليه الصلاة والزكاة ويراد به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الأصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الادا بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرئة في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رواه كان اقرارا منه بأنه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم أن عليه دينا فيجوز ابتداء الكفالة به أيضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله (وبالثمن للموكل ولرب المال) أي لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل أو بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فاذا ثبت ان الوكيل أصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما أمينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى جاز له أن يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله (والشريك اذا بيع عبد صفقة) أي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما للشريك نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن الا وللشريك فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى الشريك مشتركا بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما أدى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع أيضا بنصف الباقي الى أن لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء بخلاف

(قوله في المتن وبالثمن للموكل الى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوبا ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال الضمان باطل وكذلك المضاربة اذا باعها الرجل وضمنها فلا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه إتقاني (قوله ولو وكل الموكل أو رب المال الى آخره) كذا بخط الشارح وهو صحيح يعني عن قوله بعد وكذا المضارب الى آخره (قوله ولانهما) أي الوكيل والمضارب وكتب على قوله ولانهما ما نصه تعليل ثان لعدم صحة الكفالة اه (قوله واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع) أي كالمودع اذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير اذا ضمن العارية للمعير بالشرط فانه باطل اه إتقاني (قوله اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجلين باعا من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يخلو اما ان صح في نصف الثمن مطلقا أو في حصة الشريك فلا وجه الى الاول لانه يلزم أن يكون ضامنا لنفسه وهو باطل لانه ما من جزء من الثمن الا وهو مشترك بينهما ألا ترى أنه لو قبض شيأ من الثمن كان صاحبه شريكا ولا وجه الى الثاني لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وذلك باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتميز نصيب صاحبه لان القسمة افراز الانصباء والافراز لا يتحقق الا في العين دون الدين في الذمة فاذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه إتقاني رحمه الله

ما اذا

ما اذا باعه صفقتين بان يسمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة أحدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع ألا ترى أن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به قال رحمه الله (وبالعهدة) أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرة العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي أن يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا للتصرف لانا نقول فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال (والخلاص) أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع أو رد الثمن ان لم يجز قال (ومال الكتابة) أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفي فلا يفيد ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل اداء ملك المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه أداء مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه فيبرأ

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطي الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترد منه

(قوله فيبطل الضمان للجهالة) أي فأما الدرك فقد صار مستعملا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال فخر الاسلام وقال أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان انما تتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس بمضمون على أحد فيضمنه الكفيل وأما أبو يوسف ومحمد فقالا ان حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا الى هنا لفظ أبي بكر الرازي في شرحه وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس وفي البيوع املاء أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اه إتقاني (قوله في المتن والخلاص) اعلم أن ههنا ثلاثة ألفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص وهو باطل عند أبي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه الى المشتري وجه قول أبي حنيفة أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عن تسليم المبيع وانه صحيح كذا قال العتابي اه إتقاني (قوله في المتن ومال الكتابة) قال في كفالة الصغرى ما نصه فاذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلو أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى وعيناه في الذخيرة في الفصل السادس في تصرف أحد الشريكين اه

﴿ فصل ﴾ (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيها صاحبها له أن يأخذها منه قال لا وان ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وان كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الاصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له الا أنه أحب الي أن يدفعه الى الذي قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء وقال أبو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اعلم أن رجلا اذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصيل المال الى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل الى الطالب ثم أراد الاصيل أن يسترد الالف من الكفيل ليس له ذلك الا أن يقضي الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فحينئذ يسترد وذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما لم ينتف هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه لا تصح المطالبة اه إتقاني

لانه تعلق بحق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى وكمن اشترى شيأ بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضى مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة وثمنا عند مضى الحول ومضى مدة الخيار فمادام هذا الاحتمال قائما لا يسترد ولأنه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء وأخذه الكفيل على وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع انى لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده ولكن لا يكون للاصيل أن يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه مالم ينقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو أبرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع الى الطالب جاز حتى لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فيثبت بهذا أن للكفيل دينا على الاصيل الا أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدى عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال (وما ربح الكفيل له) أى اذا ربح الكفيل بالمال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو الطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا أنه تؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا أن فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا فى البيوع وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول أبى حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول أبى يوسف يطيب لعدم التعين وأصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة قال (وندب رده على المطلوب لو شيأ يتعين) يعنى يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيأ يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبى حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل وربح فيه وله أن الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر الا ترى أن المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق به فى رواية على الفقراء وفى رواية يرده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين

(قوله بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة) قال الاتقانى رحمه الله قالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما أن يدفع الاصيل اليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين اما ان كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع الى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين فى قول أبى حنيفة ومحمد وطاب له عند أبى يوسف وذلك لان الخبث لعدم الملك لان تصرفه وجد فى غير ملكه فاستوى فيه المالان قال قاضيخان رحمه الله أصل المسئلة أن المودع أو الغاصب اذا تصرف فى الوديعة أو المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لابى يوسف وان دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الاصيل للكفيل انى لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك قبل أن تؤدى طاب له الربح اذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها بالقبض لما قلنا غاية ما فى الباب أن للاصيل الرجوع على الكفيل اذا أدى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك لانه لا يتعين وان كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة فى رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على الاصيل وقال فى كتاب الكفالة من الاصيل يتصدق به وقال فى كتاب البيوع منه لا يطيب له وعند أبى يوسف ومحمد يطيب له اه قوله وفى رواية هذا الكتاب يعنى الجامع الصغير اه (قوله وقالا يطيب الى آخره) قال الاتقانى وجه قولهما أن الكفيل بعقد هذه الكفالة استوجب على الاصيل دينا مؤجلا كما بينا ولهذا صح ابراء الاصيل الكفيل قبل أداء الكفيل حتى اذا أدى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل اذا استوفاه يكون استيفاؤه صحيحا فكان الربح حاصلا على ملكه فطاب له ولابى حنيفة أن ملك الكفيل فى المدفوع اليه قاصر وذلك لان الطالب اذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه واذا أخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصرا فلو لم يكن الملك أصلا تثبت حقيقة الخبث فاذا كان قاصرا تثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح اه (قوله وان كان غنيا ففيه روايتان) أى فى كتاب الغصب اه غاية (قوله والاشبه الى آخره) قال الاتقانى قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير والاشبه أن يطيب له لانه انما رد عليه على أنه حقه اه

عند

عند أبى يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) وتفسيره ان الاصيل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتر من الناس حريرا أو غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرت أنت فعلى وصورته أن يأتى هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى أقرضه على أنها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشرة رضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذى ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر شئ من ذلك لانه اما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظرا الى قوله على أنه للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع فى السوق فما خسرت فعلى واما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أى نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هى شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه تكفل بما لا يجب فى المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيأ ولم يوجد شرطه ولهذا لو أقر الكفيل على الأصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الأصيل وشرط لزوم الكفيل فى هذه الكفالة الوجوب على الأصيل فكذا القضاء وهو غائب ولانه يحتمل أن يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لى عليه القاضى فلان بكذا بعد الكفالة وأقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه ما لا دخل فى الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) أى لو أحضر شخصا عند القاضى فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره

(قوله واتبعتم أذناب البقر) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اه غاية لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن قاله الكمال اه (قوله ذللتم) من باب ضرب اه مصباح (قوله فى المتن ومن كفل عن رجل الى آخره) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل تكفل لرجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضى له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدعى بالكفيل فأقام عليه البينة ان له على المكفول عنه ألف درهم قال لا تسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به فى المستقبل فما لم يقض به لا يجب شئ على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضى له عليه أما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزى واللفظ وان كان ماضيا يراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وأدام عزك فلما كان كذلك قلنا الكفيل كفل بمال يجب على الغائب بعد عقد الكفالة لا قبله ودعوى المدعى على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة فسدت الدعوى فلم تسمع البينة اه اتقانى رحمه الله (قوله فبرهن المدعى على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى به بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى اذ لا ينتصب خصما وهذا فى لفظ القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى وهو لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو القضاء بعد الكفالة اه كمال رحمه الله (قوله وأقام البينة الى آخره) صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال المصير ورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا أنه اذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اه فتح (قوله فى المتن ولو برهن الخ) قال الاتقانى وصورة المسئلة فى الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فانى أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم على الغائب الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه

أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن أبي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة اختلاف لانه لم يرد عن أبي حنيفة خلاف هذا وشمس الائمة السرخسي انما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظه عن أبي حنيفة نصا وانما قبلت البينة هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل وههنا المكفول به مال مطلق لانه قال وان هذا كفيل عنه بأمره ودعوى الحال مطلقة أيضا وصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى اه اتقاني (قوله وقضى على الاصيل والكفيل جميعا) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى اقامة البينة عليه لانه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغائب بخلاف ما اذا أقام البينة على أنه كفل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء اليه كذا قال الامام الزاهد العتابي اه غاية (قوله ولا يقضى على الغائب لان المدعى هنا مال الى آخره) قال الكمال وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدعي مطلقة فصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم تطابقها دعوى المدعي ولا البينة اه (قوله لانه لما أنكر الكفالة الخ) صار ذلك منه اقرارا بأن الاصيل لم يأمره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مؤاخذ بزعمه فلا رجوع اذن اه اتقاني رحمه الله (قوله فقد ظلم في زعمه) قال في الجمهرة والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القرآن اه غاية (قوله ونحن نقول) أي لما قضى القاضي بالكفالة بأمر بالبينة اه ايضا (قوله فبطل زعمه فيرجع عليه) قال الاتقاني كمن اشترى شيأ من انسان وأقر ان البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع لانه بطل زعمه اه (قوله لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بان باع بشرط الكفالة اه غاية (قوله فالمطلوب من هذه الكفالة) ترغيب المشتري في البيع لانه ربما لا يرغب في الشراء اذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيبا وتأكيد العقد فكأنه قال اشتر هذا فان العقد جائز والمبيع ملك البائع فان لحقك درك فيه فأنا ضامن لك فاذا كان كذلك كان الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض اه اتقاني رحمه الله (قوله اذا ادعاه بعده تقبل دعواه) أي وتقبل شهادته لغيره أيضا اه غاية (قوله ليحفظ الواقعة) ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة اه فتح

قبلت البينة وقضى على الأصيل والكفيل جميعا ولو أقام البينة أنه كفل عنه بغير أمره قضى على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لان المدعى هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له أن يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن اذا استحق المبيع وان كان في زعمه أن البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغائب اذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى عبد أن الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له أن يدعيه قال رحمه الله (وكفالته بالدرك تسليم) معناه اذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للبيع واقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة في المجلس فاذا قبل وأبرم بقبوله ثم ادعى الملك أو غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة احكام البيع وأحكامه بان لا يرغب فيها المشتري الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البائع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله (وشهادته وختمه لا) أي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه أقر البائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو لينظر في البيع حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الانبرام على ما بينا حتى لو شهد هنا

(قوله أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول الخ) قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا ان ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه تبطل دعواه الا أن يكون كتب الشهادة على اقرارهما بذلك كله فحينئذ لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اه غاية (قوله في المتن ومن ضمن عن آخر خراجه) قال الاتقاني أما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة عبارة عن تمليك جزء من نصاب مقدر شرعا من غير أن يكون دينا في الذمة ولهذا لا تؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة بدلا عن شيء كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك والبدل كان ملكا له فيكون المبدل ملكا له أيضا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شيء آخر فلا يكون دينا فكان الملك متعلقا بالتمليك وهذا معنى قوله لانها مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو تمليك المال من غير أن يكون دينا اه اتقاني رحمه الله (قوله وأما النوائب) قال الاتقاني وأما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد ما يكون بحق ككرى الحارس وكرى نهر العامة وانه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلة وفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب أداؤه على كل موسر نظرا للمسلمين فيضمن انسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز وأما النوائب التي يوظفها السلطان ظلما على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اه (قوله ككرى الحراس) أي الجعلة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اه كمال مع تغيير (قوله كالجبايات الخ) قال الكمال كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو يوم أو ثلاثة أشهر للسلطان اه (قوله منهم صدر الاسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي اه وصدر الاسلام هذا هو أخو فخر الاسلام الآتي أيضا اه (قوله منهم فخر الاسلام علي البزدوي) هو ابن محمد بن الحسين ابن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي اه اتقاني (قوله وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه) لكن هذا اذا أمره لا عن اكراه أما اذا كان مكرها في الامر لا يعتبر أمره في الرجوع هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي اه اتقاني (قوله وان لم يشترط الرجوع) أي استحسانا بمنزلة ثمن المبيع اه غاية

أيضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كأنه قال باع وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فيكون بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو أخبر بان فلانا باع شيأ كان له أن يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوما أو غير مختوم قال رحمه الله (ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه وقسمته صح) أما الخراج فلأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاحتفاظ والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما النوائب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق ككرى الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وقال بعضهم أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بأمره وأما القسمة فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير أن القسمة ما يكون

(قوله هذا اللفظ وقع غلطا) قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم بمعنى النصيب كما فى قوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهى أيضا اسم أو بمعنى حق القسام وهى أيضا اسم اه عينى (قوله لان القسمة مصدر والمصدر فعل) وهو غير مضمون اه غاية (قوله وقيل هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة الخ) فاذا ضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيأ مضمونا وهو يقدر على ايفائه اه غاية (قوله فالقول للضامن) أى فى ظاهر الرواية اه كمال (قوله رواه عنه ابراهيم ابن يوسف) قال الاتقانى وروى ابراهيم بن رستم عن أبى يوسف اه (قوله فلا يصدق الاعجمة لانه ادعى الخ)

راتبا والنوائب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة إذا لم يكن فى بيت المال شئ وقد بينا ماهو جائز بالاجماع وماهو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبى سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه إنسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه والرواية بأو وهى لاحد المذكورين وفى الاباحة تعم وكذا فى النفى قال رحمه الله (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هى حالة فالقول للضامن) يعنى إذا أقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب فى الدين وكذبه فى الاجل كان القول قول المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل فى الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلا على الاصيل وفى الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفى النوع القول للمقر لانه صفة الدين وقال الشافعى القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين مؤجل وحال وفى الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له فى الفصلين رواه عنه إبراهيم بن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الاعجمة لانه ادعى أن له على صاحبه حقا وهو التأخير ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع فى الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعى ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة الدين فى الحقيقة وان كان وصفا له لفظا ألا ترى أن الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقا له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمؤاخذة فى الحال ان أقر أن يقول للمدعى هذا الذى تدعيه من المال حال أو مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه فى الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا أنكر الدين وقال ليس له قبلى اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد به إتوا حقه قال رحمه الله (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشترى الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك ألا ترى انه لو كان ثمنها عبدا فأعتقه البائع فى هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشترى باع الجارية من انسان فاستحقت من يد الثانى ليس للمشترى الاول

قال الاتقانى ووجه قول أبى يوسف انهما تصادقا فى وجوب المال واختلفا فى الاجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا فى شروح الجامع الصغير ان الاجل فى الديون الواجبة لا بعقد الكفالة كالعروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاذا أنكر الاجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا فى خيار الشرط اذا ادعاه أحد العاقدين لا يثبت بقوله لانه عارض وأما الاجل فى الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بمالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلا على الكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل فى الكفالة أمرا عارضا بل الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة والاقرار بأحد النوعين لا يكون اقرارا بالنوع الآخر اه قال الكمال رحمه الله وجه المذهب ان المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة فى الحال ان اذا الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه فى الحال الا ببدل فى الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروض العارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكر وفى الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصح بل لحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها فى الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه (قوله ولو كان وصفا) الذى بخط الشارح ولو كان حقا اه

شرع فى كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل لان الاثنين بعد الواحد فى الوجود فأخر ذكرها وضعا للتناسب اه اتقانى (قوله حتى يزيد ما يؤديه على النصف) أى سواء عين عن صاحبه أو لم يعين اه منافع (قوله ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه الخ) قال الكمال رحمه الله ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه بالكفالة كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدى لان أداء نائبه يعنى كفيله بأمره كأدائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا نائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك لم يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها الا انه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا

كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما رجع بما عن الكفالة فيؤدى الى الدور وما يؤدى الى الدور ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا لتغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذه منه فاذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به فى الشرع أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى عنه وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذه مجازفة عظيمة اه (قوله كان لصاحبه أيضا أن يرجع عليه) أى لان المؤدى متى جعل المؤدى عن صاحبه بحكم الكفالة عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضا ويرجع عليه لانه يقول أداؤك بأمرى وأنت كفيل عنى كأدائى وأنا كفيل عنك ثم وثم فيؤدى الى الدور وهو باطل كذا فى المنافع وهو أوضح مما فى الشرح اه (قوله ولا معارضة فيما زاد على ما عليه الخ) قال فى المنافع واذا زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كأدائه بنفسه لانه لم يبق كفيلا عن المؤدى لانه بأداء حصة نفسه لم يبق الدين عليه اه (قوله وليس لشريكه) أى الدافع الذى عليه حالا اذا أدى عن المؤجل اه

أن يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن الثانى كى لا يجتمع بدلان فى ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن أبى حنيفة أن البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضى دليل على النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبى يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء به وعن أبى يوسف انه ان أخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان أخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله (دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة) معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة والثانى مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء أقوى من سبب الثانى وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثانى لا ينفذ الا من الثلث بشرط أن لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ أصلا فكان آكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة فقبض ما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقى يجعل المقبوض ثمن الصرف لان الصرف أقوى وآكد حتى أوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهى تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه كان لصاحبه أيضا أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه وأداء نائبه كأدائه فيؤدى الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه فى الحال وليس لشريكه أن يرجع عليه

(قوله يصدق) وكان ينبغى أن لا يصدق وهذا وجه ورودها على مسئلة الكتاب فاعلم اه ك (قوله وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة) يعنى أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اه (قوله بخلاف المسئلة الاولى الخ) قال الكمال رحمه الله وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول فى المسئلة الأولى ولو كان الوجه الثانى صحيحا لم يبق فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى بما أداه عنه المؤدى واحتسابه عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذى ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كاداى بنفسى فكأنى أنا الذى أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول اه (قوله ثم يرجعان (١٦٨) على الاصيل وقوله وان شاء المؤدى رجع بالجميع على الاصيل) لا يخلو مع ما سبق عن تكرار فاعلم اه ك (قوله فى المتن ولو افترق المفاوضان الخ) قال الاتقانى وأصله أن المفاوضة شركة عامة فى كل مال وصحيحة عندنا وتبتنى على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء فى جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فاذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أيهما شاؤا لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اه (قوله فى المتن وان كاتب عبديه كتابة واحدة) أى بان قال مثلا كاتبتكما على ألف الى عام اه (قوله وأدى أحدهما رجع بنصفه) قال فى شرح التكملة وان كاتب عبديه كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه لانهما فيه سواء من حيث الاصالة والكفالة اه (قوله وكل واحد منهما بانفراده باطل) أى لان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به اه اتقانى (قوله فصار كما اذا اختلفت كتابتهما) أى بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فانها حينئذ باطلة قياسا واستحسانا اه (قوله وهذا استحسان) وجه الاستحسان أنه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل البدل على أحدهما والآخر تبعا له فى العتق بان يكون كل واحد منهما أصيلا فى الكل وكفيلا عن صاحبه فى الكل كالولد المولود فى الكتابة حيث يكون مكاتبا تبعا لامه فلما احتمل هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ يقع

لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له أن يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل جعله عن صاحبه يصدق وهى واردة على مسئلة الكتاب قال رحمه الله (وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) معناه اذا كان على رجل دين ألف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الاصيل فما أدى أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما استويا فلا يرجع للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لمقتضى العقد اذ الاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتداء فلا يضره الرجوع فيؤدى الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء المؤدى رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال رحمه الله (وان أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به قال رحمه الله (ولو افترق المفاوضان أخذ الغريم أيا شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما يأتى فى الشركة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدى أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين فى كفالة الرجلين قال رحمه الله (وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان أن تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل

المال

عن جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما فى العلة وهى ان كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فان أعتق المولى أحدهما صح لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البدل فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته اه اتقانى (قوله احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق اه (قوله قلنا هذا فى حالة البقاء) (١٦٩) كالو مات شهود النكاح اه (قوله فى المتن ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه) قال فخر الاسلام أراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد ينطلق عليه فاما اذا استهلكه عيانا فانه يؤخذ به فى الحال الا فى المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند أبى حنيفة ومحمد وكذلك لو أقرضه انسان أو باعه أو وطئ بشبهة بغير اذن المولى لم يؤخذ به حتى يعتق أيضا فهذا كله نوع واحد فى الحكم وجوابه أن الكفيل يؤخذ به حالا وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير صورة المسئلة اذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو كان محجورا وأودعه انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يؤخذ به حتى يعتق فى قول أبى حنيفة ومحمد ولو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان به ولم يسم حالا وغيره فهو حال أما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل وانما لم يطالب الاصيل فى الحال لعسرته لان العبد وما فى يده لمولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه فى حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بمعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد فى حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه اتقانى وكتب على قوله يؤخذ به بعد العتق ما نصه هذه الجملة وقعت صفة النكرة وهى قوله مالا أى مالا غير واجب على العبد أداؤه قبل العتق اه

المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وفى حق نفسه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل فى حق صاحبه لان المال فى الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما أصيلا فى الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا فى حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق بأداء المال على حدة وهو صحيح فى نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثانى أن يكاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضى ذلك والثالث أن يكاتبهما كتابة واحدة على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثانى حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البدل ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لانا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد تجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصا فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول فى جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره فى المبسوط قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذ أيا شاء بحصة من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك فى الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله (فان أخذ المعتق رجع على صاحبه وان أخذ الآخر لا) لان غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد اذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن فى الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه أصالة وقدرنا الكفالة فيه فى حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فيبقى كفيلا قال رحمه الله (ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه

(قوله فهو حال وان لم يسمه) يعنى هو حال وان لم يسم حالا ولا مؤجلا اه (قوله كما اذا لزمه بالاقرار) أى بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى اه (قوله لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته) أى وعدم الاجل فكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا اه (قوله فصار كما لو كفل عن غائب) أى حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه غاية (قوله أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة اه غاية وكتب ما نصه فلسه القاضى حيث تصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالا لعدم اعتبار الكفيل اه غاية (قوله وقام مقام الطالب) أى والطالب ما كان له مطالبته قبل العتق فكذا الكفيل اه (قوله احترازعما يؤخذ به فى الحال مثل دين الاستهلاك) (١٧٠) قال الكمال رحمه الله ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه اه (قوله فى المتن ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل) أى كفل عن المدعى عليه بتسليم رقبة العبد رجل اه (قوله برئ الكفيل) قال الفقيه أبو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد فلو كفل بالدين الذى عليه فى هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة الكفالة عن حر مات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل من كفالته فى قولهم جميعا وليس بمنزلة من كفل بعد موته وقد روى عن أبى حنيفة أنه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن للميت تركة وأما فى هذه المسئلة فقد صحت الكفالة فى حال حياته فلا تبطل بعد موته اه اتقانى (قوله وفى الاولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد) فاذا مات العبد فأقام المدعى البينة بعد ذلك غرم المدعى عليه قيمة العبد وغرمها الكفيل أيضا لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير فاذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان فى حق الاصيل الى القيمة فينتقل فى حق الكفيل أيضا اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد الخ) حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم ذلك الكفيل اه غاية (قوله فصحيحة كيفما كانت) أى سواء كان عليه دين أو لا اه (قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع) أى لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال اه غاية (قوله فأجاز) أى المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيأ لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيخان

فهو حال وان لم يسمه) المراد به دين لم يظهر فى حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار أو الاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر فى حق المولى فلا يؤاخذ بها فى الحال وانما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو أن انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به فى الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل فى الحال ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احترازعما يؤخذ به فى الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حرا أو عبدا وفى الاولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذى اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان أثبت المدعى بالبينة أن العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها أن العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه قال رحمه الله (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) ومعنى الاولى أن لا يكون على العبد دين لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين ألا ترى أن له أن يجعله بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ اقراره وله أن يرهنه وان كان عليه دين مستغرق فليس له شئ من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء وأما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيفما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع وزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

﴿ كتاب

(قوله ومن شرائطها القبول) أى قبول المحتال اه (قوله وفيه خلاف أبى يوسف كما فى الكفالة) قال الكمال ولا تصح الحوالة فى غيبة المحتال فى قول أبى حنيفة ومحمد كما قلنا فى الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع) رواه فى الهداية بهذا اللفظ اه وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فمن رواية الطبرانى عن أبى هريرة فى الاوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع ورواه أحمد وابن أبى شيبة ومن أحيل على ملىء فليحتل قيل وقد يروى فاذا أحيل بالفاء فيفيد أن الامر بالاتباع للملاءة على معنى أنه اذا كان مطل الغنى ظلما فاذا أحيل على ملىء فليتبع (١٧١) لانه لا يقع فى الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الامر المذكور أمر استحباب وعن أحمد الوجوب والحق الظاهر أنه أمر اباحة هو دليل نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد فى الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة اه فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك فى أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر فى اطلاق واحد فان جعل للاقرب أضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها اه فتح (قوله وهو فى الدين لا فى العين) أى لان العين لا تثبت فى الذمة فلا يتأتى نقلها من ذمة الى ذمة فلم تصح الحوالة فى العين اه اتقانى (قوله وأما العين فحسى الخ) ولا يقال ان الاوصاف لا تقبل النقل لانا نقول أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها تبقى بعد المباشرة اه مستصفى (قوله لان الحوالة تصح بدون رضاه) ذكره فى الزيادات اه هداية (قوله وانما يشترط رضاه للرجوع عليه) أى لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو أى المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عليه عنه فى الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بأمره وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان (١) (قوله وقال زفر لا يبرأ) أى من الدين والمطالبة أيضا اه فتح بمعناه (قوله لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى) أى لانه انما انتقل الى ذمة أخرى بشرط السلامة فاذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعا فى القضاء اه اتقانى

﴿ كتاب الحوالة ﴾

وهى فى اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله (هى نقل الدين من ذمة الى ذمة) هذا فى الشرع وفى اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا قال رحمه الله (وتصح فى الدين لا فى العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبى يوسف كما فى الكفالة وهى مشروعة باجماع الامة وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو فى الدين لا فى العين لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعى فى الثابت شرعا وأما العين فحسى فلا تنتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفى ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه قال رحمه الله (وبرئ المحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر فى سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبى ليلى يبرأ فى الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفى الحوالة باختيار من هو الاملأ من المحيل وأحسن من المحيل فى القضاء ولا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبى لانا نقول الاجنبى متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن أجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه

(١) هنا بياض بالاصل وكتب الناسخ فيه لم يكتب المحشى فارجع الى النسخ الصحيحة لعلك تجد ما سقط اه مصححه

ثم اختلفوا في البراءة فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات أن البائع اذا أحال غريماله على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة بالدين وان أحال المشتري البائع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا اذا أحال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ماذكر فانه اذا أحال مولاه على رجل يعتق كما ثبتت الحوالة وان كان المحال عليه نائبا عن المكاتب واذا أحال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق أن حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا أحال المكاتب مولاه على رجل وأما اذا أحال المولى عليه رجلا لا يبرأ وأما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع ﴿ اعلم أن احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين أو عين وقيده به لان المحتال يكون نائبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا تجوز لان الحوالة تنقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي أحال غريمه على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من أهله وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل القن عن مولاه على ما مر من قبل قال رحمه الله (ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا أعتق عبده المدين فان الغرماء مخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا أحدهما وتوي ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع ألا ترى أن البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان أحدهما ليس بخلف عن الآخر وانما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من أيهما شاء فيأخذ منه عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينا حتى ينقله الى الآخر فافترقا قال رحمه الله (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف

(قوله ثم اختلفوا في البراءة) أي براءة المحيل اه (قوله وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وقوله في المتن وبرئ المحيل بالقبول من الدين) اختيار لمذهب أبي يوسف وإذا برئ عند أبي يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضا عنده كما صرح ببراءته منهما الشارح اه (قوله وقال محمد يصح) أي وعلى قول محمد يسقط دين المحتال وتمتنع مطالبته للمحال عليه حينئذ اه (قوله كان للراهن أن يسترد الرهن) سيأتي بعد هذا في كلام الشارح أنه ليس له استرداده والذي يأتي هو قول محمد اه ﴿فرع﴾ قال في السراجية رجل رهن عند رجل عبدا فأحال الغريم بالمال على رجل فللمرتهن منع الرهن حتى يقبض في أصح الروايتين والمرتهن لو أحال غريمه على الراهن لم يكن له منع الرهن اه تاترخان (قوله في المتن وهو أن يجحد الحوالة ويحلف الخ) قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي التوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه على وجهين أحدهما أن يموت المحتال عليه مفلسا ولا يترك مالا معينا ولا دينا ولا كفيلا على المحتال عليه للمحتال له والثاني أن يجحد المحتال عليه الحوالة ولم يكن للمحتال له بينة وحلف المحتال عليه فقد برئ وعاد المال الى المحيل ولا يكون التوى عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوى على ثلاثة أوجه وجهان ماذكرناه ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم عليه بالافلاس كذا في شرح الطحاوي أما اذا جحد المال وحلف لانه لا يقدر على مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توي الحق وكذا اذا مات مفلسا لانه لم يبق له ذمة يتعلق بها الحق ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فيثبت للمحتال له الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر ولا

ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا) أي التوى يكون بأحد هذين الامرين إما أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال أو يموت مفلسا بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلسا ولابي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا صالحا للوجوب بموته معدما أو بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل أنه استغنى في مجلس الحكم بأن مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود وأقام البينة عليه لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بأمره أو بغير أمره وسلطه على البيع أو لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بأمره أو بغير أمره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله (فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على أن عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له قال رحمه الله (وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة وإقدامه عليها اقرارا منه بأن عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا صار مال المضاربة دونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له أحل رب المال أي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بأن ادعى أن الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى أن الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله أيضا اذا أنكر المحيل ذلك لانه لما أقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهر النفسه لا يسمع أن ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال رحمه الله (ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ) أي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحال بها غريمه صحت الحوالة لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو بعين في يده وديعة أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسل

الاستيفاء وجب الرجوع وأما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذاك بناء على أن تفليس القاضي هل يصح أم لا وأبو حنيفة لا يرى ذلك وهما يريانه لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحتال عليه ولابي حنيفة أنه عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح فلا يعود الى المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت لانه عجز لا يتوهم ارتفاعه اه اتقاني رحمه الله (قوله فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم الخ) كذا في الشافي والمبسوط وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين اه فتح القدير (قوله ولو مات وترك رهنا رهنه غيره) أي رهنه غير المحتال عليه لاجل المحتال عليه عند المحتال ثم مات المحتال عليه مفلسا يبطل حكم الدين في الدنيا فيبطل الرهن به حينئذ لان الرهن ولا دين محال أما لو فرضنا العين المرهونة ملك المحتال عليه لا يأتي ما قاله من موته مفلسا اه (قوله في المتن فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال) أي اذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين الى المحتال له أن يرجع بما أدى على المحيل فقال المحيل ليس لك أن ترجع علي لاني كنت أحلت عليك بديني فقال المحتال عليه بل لي أن أرجع عليك لا يقبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه نص عليه في كتاب الكفالة اه اتقاني (قوله بل يكون القول للمحيل) أي مع اليمين لانه يتكر الدين اه غاية (قوله ولو لم يدع) أي المحتال اه (قوله لانه أقدر على التسليم) أي لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين عليه اه فتح

(قوله وقد استغنى عنه) أى بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله (قوله ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين) وقد قالوا لو أحال رجل رجلا بمال ثم ان المحيل نقد المال الذى أحاله به جاز ولم يكن متبرعا فيما نقد من ذلك وذلك لان الدين فى ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وان برئ فى الظاهر ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يقصد أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعا كالوارث اذا قضى دين الميت وليس كذلك الاجنبى اذا أدى المال لانه لا يسقط عن نفسه حقا بالاداء فكان متبرعا قالوا فان كان الذى عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالة مطلقة ولم يقل أحلته عليك بمالى عليك أو على أن تعطيه مالى عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف المحيل وألف المحتال ولكل واحد منهما أن يطالب بالف لان صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين لانه لم يعلقها به وانما تعلقت بذمته فبقى الدين بحاله وصار كما لو أحاله عليه بالف وفى يده ألف وديعة فان الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبته بها كذلك اذا كان عليه دين قالوا واذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحتال أو تصدق به عليه أو مات فورثه المحال عليه رجع فى جميع ذلك على المحيل وذلك لانه ملك ما فى ذمته بهذه الاسباب فاذا ثبت له الرجوع فى الاداء فكذلك فى جميع الاسباب التى يملكه بها ولو أبرأ المحتال المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لان البراءة اسقاط وليست بتمليك ومتى لم يملك ما فى ذمته لم يرجع اه أقطع رحمه الله (قوله وكذا اذا ورثه) أى ولو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ينعكس الجواب ففى الهبة والارث يرجع وفى الابراء لا يرجع اه كافى (قوله ولو مات المحيل) أى وعليه ديون قبل أن يقبض المحتال دين الحوالة فالدين الذى عليه للمحيل بين غرماء المحيل والمحتال اسوة الغرماء فيه اه معراج الدراية

الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشئ مما عنده من وديعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شئ مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن أمورا جائزة عند الانفراد وهى تبرع المحتال عليه بالالتزام فى ذمته والايفاء وتوكيل المحتال بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له أن يرجع قبل الاداء ولكن له أن يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما فى الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا فى حق المحال عليه كما فى الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين وصار أجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه بالعين أو الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذا بأخذه بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الاداء الا منها فلو أخذه لبطل حقه ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا أبرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له أن يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبى عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولئن كان ملكه فانما تعلق حق المحتال سابق فصار كالمرهون يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا أن هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال فى ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه أيضا يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما فى ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل أن يأخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما فى ذمته أو ليوفى من ذلك المال فلو أخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو أحق به وكان ينبغى للمحتال أن لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا أخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة وسنوضح ذلك بمسئلة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل واذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحيل بحصة الغرماء لان الدين الذى على المحال عليه صار مستحقا فليس له أن يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقى من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على أحد

قال

(قوله فى المتن وكره السفاتج) قال فى الفتاوى الصغرى السفتج ان كان مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك اذا قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وقال فى كفاية البيهقى وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس والاصل فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا ولانه تمليك دراهم بدراهم فاذا شرط فى بلد أن يدفع فى بلد آخر صار فى حكم التأجيل والتأجيل فى الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشرط الدفع فى بلد آخر الا أنهم استحسنوا فقالوا لا يكره كذا فى شرح الاقطع ثم قيل انما أورد القدورى هذه المسئلة فى هذا الباب لانها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام نور الدين الكردى أنه قال انما أوردها فى الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فى معنى الحوالة اه اتقانى رحمه الله (قوله وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به) قال الكمال ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا والذى يحكى عن أبى حنيفة أنه لم يقعد فى ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما أورد هذه المسئلة هنا لانها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اه وكتب على قوله فلا بأس به ما نصه روى عن ابن عباس ذلك ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا اه كمال

قال رحمه الله (وكره السفاتج) وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه فى موضع الامن وهو تعريب سفته وسفته شئ محكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره وانما كره لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به والله أعلم

﴿ كتاب القضاء ﴾

القضاء فى اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم

وعليهما مسرودتان قضاهما ٭ داود أو صنع السوابغ تبع

أى أحكم صنعتهما وهو فى الشرع فصل الخصومات وانه أفضل العبادات وبه أمر كل نبى قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم نائب عن الله فى أرضه فى انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهى عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله (أهله أهل الشهادة) لان كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد أحدهما من الآخر قال رحمه الله (والفاسق أهل القضاء كما هو أهل الشهادة الا أنه لا ينبغى أن يقلد ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد

﴿ كتاب القضاء ﴾

(قوله فى الشعر أو صنع) امرأة صناع اليدين أى حاذقة ماهرة بعمل اليدين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع اليدين وصنع اليدين أيضا بالكسر أى صانع حاذق وكذلك رجل صنع بالتحريك قال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما ٭ داود أو صنع السوابغ تبع

هذه رواية الاصمعى وروى أو صنع السوابغ اه صحاح (قوله فى المتن أهله أهل الشهادة) قال القدورى فى مختصره ولا تصح ولاية القاضى حتى تجتمع فى المولى شرائط الشهادة قال الاتقانى وانما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة فى القضاء لان القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط فى الشهادة من الصفات كان اشتراطها فى القضاء أولى اه (قوله فى المتن والفاسق أهل القضاء كما هو أهل الشهادة الا أنه لا ينبغى أن يقلد) أى كما فى حكم الشهادة فانه لا ينبغى أن يقبل القاضى شهادته ولو قبل جازت عندنا اه هداية (قوله وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى) ذكر الاستروشنى اذا ارتشى القاضى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البزدوى أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الائمة السرخسى وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضى أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضى سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضى نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول اه اتقانى (قوله وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح) قال فى خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات فى تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال فى المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط فى التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعى ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا

خلاف الى هنا لفظ الخلاصة اه غاية (قوله فى المتن والفاسق يصلح مفتيا) قال أبو العباس الناطفى فى آخر أدب القاضى من كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع فى نوادره سمعت بشر بن غياث يقول أرى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع فى قول نفسه لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء فيصيب عما هو الصواب اه غاية (قوله فى المتن ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا) أى جافيا اه (قوله غليظا) أى شديدا فى الكلام متفاحشا اه (قوله جبارا) أى متكبرا مقبلا بغضب اه (قوله عنيدا) أى معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد اه عينى (قوله والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام) أى ولا يشترط أن يكون عالما بجميع ما فى الكتاب والسنة اه اتقانى (قوله كيلا يشتغل بالقياس فى المنصوص الخ) والتفاوت بين العبارتين أن الاول مشتهر بالحديث وله فقه أيضا والثانى مشتهر بالفقه وله بصر بالحديث أيضا اه غاية (قوله وكل الى نفسه) على صيغة المبنى للمفعول بتخفيف الكاف أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الصواب لكون النفس أمارة بالسوء اه اتقانى (قوله وقد لا يعينه عليه أحد) قال فى الهداية والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له اه

عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد المأذون له فى التجارة اذا أبق ينعزل ولو أذن له وهو آبق جاز وعن علمائنا الثلاثة فى النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وأن العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولى الجاهل القضاء صح وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه الصلاة والسلام القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة الحديث ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل والآخر عالم يحكم بالجور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا أن المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له فى الحديث فانه عليه الصلاة والسلام سماه قاضيا ولولا أن التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضى الله عنهم أجازوا حكم من تغلب من الامراء وجار وتقلدوا منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله (والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول فى الديانات وجه الاول أنه يجتهد حذار النسبة الى الخطا قال رحمه الله (ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى وينبغى للمولى أن يتفحص فى ذلك ويولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال رحمه الله (والاجتهاد شرط الاولوية) لانه أقدر على الحكم بالحق واختلفوا فى حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التى استخرجها المجتهدون بآرائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد والاشبه أن يقال أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبتنى عليها قال رحمه الله (والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) يعنى فى العلم والامانة لانه أقدر على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماما فى دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه أوثق فيعتمد عليه قال رحمه الله (وكره التقلد لمن خاف الحيف) أى الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال رحمه الله (وان أمنه لا) أى ان أمن الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله (ولا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل فى القضاء مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولان القضاء بالحق لا يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان فى بنى اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء أبسوا

(قوله فى المتن ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) قال الاتقانى وان كان قاضى الخوارج من أهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع الى قاضى العدل أمضاه ويجوز قضاؤه بين الناس لان شريحا كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بنى أمية وكانوا خارجين على امام الحق ولم يرو عن أحد من أهل الحق أنه فسخ قضاءه وكذلك غير شريح تولوا لهم ولم يرو عن أحد من الائمة نقض قضائهم فدل على أن القاضى اذا كان عادلا فى نفسه لا يعتبر فسق من ولاه اه (قوله وكان الحق بيد على الخ) قال فى الهداية والحق كان بيد على فى نوبته قال الاتقانى رحمه الله وانما قيد بنوبته احترازا عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون فالحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبة أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وهذا لان خلافتهم انعقد عليها اجماع الصحابة ولم يرو عن على خلاف ذلك اه (قوله الا اذا كان) هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اه (قوله فان حضر والا فنى رأى القاضى أن يطلقه) من كلام المنادى اه (قوله أن يطلقه) أى ينادى كذلك أياما اه رازى (قوله والا أخذ منه كفيلا) أى بنفسه اه وكتب ما نصه لجواز أن يكون له خصم غائب يحضر ويدعى عليه

أبسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال رحمه الله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغى) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية فى نوبة على وكان الحق بيد على يومئذ وقد قال على رضى الله تعالى عنه اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رحمه الله (فان تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الاوصياء والقيماء فى الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا الان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال فى وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت فى يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها فى يده بعد العزل وكذا اذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح لان الخصوم وضعوها فى يده لعمله وكذا القاضى يحمل على أنه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء فى أموال اليتامى يجمعانه فى خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات يجمعانه فى خريطة أخرى وما كان من نسخ قيماء الاوقاف يجمعانه فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه فى خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فأما الجديد فتشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها فى خريطة وبالجمع يسهل وانما يسألان المعزول وان لم يكن قوله حجة ليتكشف عنهما ما أشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير قال رحمه الله (ونظر فى حال المحبوسين) أى القاضى الجديد ينظر فى حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين (فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه) لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى أنه حبس ظلما لا يعجل بتخليته قال رحمه الله (والا نادى عليه) أى ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى يتكشف له حاله وينادى عليه اذا جلس للحكم أياما ويقول المنادى من كان يطالب فلان بن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فنى رأى القاضى أن يطلقه فان حضر له خصم فيها والا أخذ منه كفيلا وأطلقه والفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة ظهر حقهم فى المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفى هذه المسئلة ان القاضى لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا الان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيعمل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله (وعمل فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من فى يده لان اقرار الاجنبى غير مقبول قال رحمه الله (ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذو اليد أنه سلمها اليه فيقبل

 اه قال الاتقانى وان قال لا كفيل لى أو لا أعطى كفيلا فانه لا يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم تركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه اعطاء الكفيل وانما طلبه القاضى به احتياطا فان لم يعطه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادى عليه شهرا فاذا مضى المدة أطلقه اه

قوله فيهما) أى فى الودائع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا أن يعترف الذى فى يده أن القاضى سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره أنه مودع القاضى ويد المودع كيده فصار كأنه فى يده فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على أربعة أوجه اما ان يقر بأنه سلمه اليه بعد ما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثانى لانه لما أقر بأن القاضى سلمه اليه صار كأنه فى يد القاضى والرابع أن يقر بأن القاضى سلمه اليه ثم يقول لا أدرى لمن هو فحكمه ظاهر قال رحمه الله (ويقضى فى المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم فى المسجد وقال الشافعى يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحائض وهى ممنوعة من دخوله ولانه بنى لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومات فى معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم فى المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها فى المسجد كالصلوات ولانه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة فى حق القاضى فكان أولى وليس فى بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك فى اعتقاده والحائض تخبر بحالها الا أنها مسلمة فيخرج لها القاضى كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لانه أشهر وأسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان فى الطرف يختار مسجدا آخر فى وسط البلدة قال رحمه الله (أو فى داره) لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز أن يحكم فى منزله فاذا جلس للحكم فى منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه فى المسجد ثم لا بأس به اذا كان منزله فى وسط البلدة والا فلا يقعد فى وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون فى أشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب أفضل ولو حكم فى أى مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الرأى لا يجتمع وهو مشغول بالمشى ولا بأس بأن يقعد فى الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ لانه يزيد فى الرأى لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوى الجلوس أفضل تعظيما لامر القضاء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه استفتى عن مسئلة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم أفتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا بأس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له أن يقعد معه أهل العلم لانه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا أهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو أهيب قال رحمه الله (ويرد هدية الا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك) لان الاولى صلة الرحم وردها قطيعة وهى حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضاء وانما هى جرى على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة يرده لانه لاجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم قال رحمه الله (ودعوة خاصة) أى لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هى التى لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضى وقيل كل دعوة اتخذت فى غير العرس والختان فهى خاصة ولم يفصل فى الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما اذا جرت له عادته بها أو لم تجر وقال فى الكافى وان كان بين القاضى وبين المضيف قرابة يجيبه فى الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبى اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال رحمه الله (ويشهد الجنازة

(قوله والقاضى يقر به لغيره) أى لرجل آخر غير الذى أقر به الامين اهـ (قوله ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى) أى بتسليمه للمقر له من جهة القاضى كذا فى بعض نسخ الهداية وكذا ذكر ابن الهمام اهـ (قوله فحكمه ظاهر) أى وهو كونه لمن أقر له المعزول اهـ (قوله فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون الخ) قوله أن يكون فى تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره قوله بعد أفضل أى كونه فى أشهر الاماكن أفضل والجملة من المبتدا والخبر فى محل رفع خبر أن وان واسمها وخبرها فى محل رفع خبر قوله فحاصله والله الموفق (قوله فى المتن ودعوة خاصة) الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تكسر دالها وذكرها قطرب بالضم وغلطوه اهـ تحرير

ويعود المريض) لقوله عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه فى ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع أحد لا يعوده قال رحمه الله (ويسوى بينهما جلوسا واقبالا) أى يسوى بين الخصمين فى الجلوس لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدى ذلك الى ترك حقه وينبغى للخصمين اذا حضرا بين يدى القاضى أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدى المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضى قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء أو رفع صوت ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لان جانب اليمين أفضل فيكون تقديما له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوى فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدنى والشريف وهذا دليل على ان القاضى أن يقضى على الملك الذى ولاه القضاء وكذا فعل شريح رضى الله تعالى عنه بعلى مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفة رضى الله تعالى عنهما فاذا سوى بينهما فى الفعل فلا حرج عليه فيما يجده فى قلبه من الميل الى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما فى القسم بين نسائه قال رحمه الله (وليتق عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته) أى يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر ولو أضافهما جملة فلا بأس لوجود التسوية بينهما قال رحمه الله (والمزاح) أى يجتنب المزاح مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما فى مجلس الحكم ولا يكثر فى غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله أنه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق وهو أحسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعى أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعى ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وأنكر المدعى عليه سأله البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب المدعى يمينه ويرتب الناس فى الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل فى ذلك أمينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال فى زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أى يجتنب تلقين الشاهد أيضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله فى غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد لمهابة المجلس فكان فى تلقينه احياء الحق ولا تهمة فى مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما ولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

﴿فصل فى الحبس﴾ ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره فى كتاب القضاء وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فى قطاع الطريق أو ينفوا من الارض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا له فى مملوك وأما الاجماع فلان الصحابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه الا أن فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم لم يكن سجن وكان يحبس فى المسجد والدهليز وبالربط ولما كان فى زمن

(قوله ويسوى بينهما جلوسا واقبالا) قوله واقبالا ساقط فى خط الشارح ولكن ثابت فى نسخ المتن وهو ملحق لابد منه (قوله الدنى) يعنى الذمى كذا فى شرح العينى (قوله واشارته) أى بيده أو عينه أو حاجبه اهـ (قوله واستحسنه أبو يوسف فى غير موضع التهمة) أى كما اذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلا اما فى موضع التهمة فلا كما اذا ادعى المدعى ألفا وخمسمائة فشهد الشاهد بألف فلقنه القاضى بقوله يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة فتلقن الشاهد ذلك ووفق اهـ

﴿فصل فى الحبس﴾ (قوله وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا الخ) لعله يشير الى ما أخرجه البيهقى فى سننه من حديث أبى مجلز وليس بصحابى بل تابعى واسمه لاحق بن حميد ان عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له فهو مرسل ويمكن فى وجه حبسه أن يقال انه لزمه ضمان ما أتلفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنيمة له ودفع قيمة نصيب صاحبه اهـ

(قوله مخيسا) ذكر فى المغرب فى باب الخاء المعجمة مع الياء آخر الحروف اه قال الجوهرى وخيسه تخييسا أى ذلله ومنه المخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أى موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضا اه (قوله وقال فيه شعرا) أى على رضى الله عنه اه (قوله فى الشعر ألا ترانى الخ) أنشده فى الصحاح أما ترانى فى موضعين فى خيس وكيس ولم يعزه لاحد اه (قوله فى الشعر أيضا مكيسا) قال فى المغرب فى الكاف مع الياء الكيس الظرف وحسن التأتى فى الامور ورجل كيس من قوم أكياس والمكيس المنسوب الى الكياسة اه وقال فى الصحاح والرجل كيس مكيس أى ظريف (قوله فى (١٨٠) الشعر أيضا بنيت بعد نافع مخيسا) بعد هذا كلام ليس فى خط الشارح وهو بابا حصينا وأمينا كيسا * اه قوله وأمينا أى ونصبت أمينا يعنى السجان اه (قوله ولا يتأتى ذلك فى الاقرار) أى لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه اه (قوله حتى يسأله) أى يسأل القاضى المدعى عليه ألمه مال اه (قوله ودون النفقات) أى لا يحبس فى دون نفقة الزوجات ان ادعى الفقر والمراد النفقة المقضى بها أو التى تراضيا عليها لان النفقة لا تصير دينا الا بذلك وفهم من قول المصنف ان ادعى الفقر أنه ان لم يدع الفقر يحبس كما لو أثبت غريمه غناه كما نص عليه فى المتن أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا حبس فيها مطلقا ثم يحبس الرجل فى نفقة زوجته الحاضرة اذا امتنع من الانفاق عليها كما سيجىء متنا وشرحا فان قلت قول الشارح فيما سيأتى فى قوله بخلاف النفقة الماضية فانها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا ظاهر فى أنه لا يحبس فى النفقة التى قضى بها أو تراضيا عليها قلت هو محمول على ما اذا ادعى الفقر توفيقا بينه وبين ما ذكرهنا اذ لو لم يحمل وفهم على اطلاقه من عدم الحبس لناقض قوله لا فى غيره ان ادعى الفقر وقد قال فى الظهيرية واذا فرض القاضى النفقة ولم يعطها وقدمته الى القاضى مرارا ولم ينجع نصح القاضى فيه حبسه اه فهذا كما ترى صريح فى الحبس فى المقضى بها لكنه محمول على ما اذا لم يدع الفقر أو ادعاه وعلم القاضى يساره وقال الامام البيهقى فى الكفاية امتنع عن النفقة بعد الفرض لم يحبسه أول مرة بل يعظه بالحبس ان لم يدفع اه كذا بخط الشيخ الشلبى (قوله الشلبى) هو محمد بن شجاع صاحب الحسن بن زياد اه

على رضى الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أول من بناه فى الاسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

ألا ترانى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله (واذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه فى الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) معناه يحبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده أو التزمه بعقد اذا طلب المدعى حبسه بعد ابائه من الدفع اليه لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال الذى حصل فى يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره مالا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغنى ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد أمره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة أو اقرار وفرق بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكى عن شمس الائمة السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت أن له على دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتأتى ذلك فى الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل أن يوفى فلم يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيما اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال والمدعى يقول له مال فالقاضى يقول للمدعى ألك بينة أن له مالا فان أقام البينة ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى فيما ذكر فى المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده أو التزمه بعقد فيحبسه بما ذكرنا قال رحمه الله (لا فى غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أى لا يحبسه فى غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل أروش الجنايات ودون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل مال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا أن يثبت المدعى المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الآدمى يولد فقيرا لا مال له والمدعى يدعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا أن يثبت المدعى بالبينة أن له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل فى يده ولا يلتزم الانسان عادة مالا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذى يحبس فيه ما تعورف تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة وان كان مالا فلا يدل دخوله فى العقد على أنه قادر عليه واختار الخصاف أن القول للمدين فى جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعى يدعى عارضا فلا يسمع قوله وهو مروى عن أصحابنا واختار أبو عبد الله الثلجى أن كل دين أصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول

فالقول فيه قول المدعى لانه دخل فى ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعى خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك كان القول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل شىء فى ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى عليه كما فى نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعى وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدعى اذ لا يلتزم مالا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر فى كتاب النكاح أن المرأة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر فى كتاب العتاق ان أحد الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان تخرجان على الاقوال كلها ولا تخالفان شيأ منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال أبو جعفر البلخى يحكم الزى فان كانت هيئته هيئة الفقراء يعنى المدين كان القول قوله وان كانت هيئته هيئة الاغنياء كان القول قول المدعى الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون فى اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما رأى أى يحبسه قدر ما يرى يعنى فيما اذا كان القول قول المدعى أو فى غيره ولكن المدعى أثبت المال بالبينة أو بنكول المدعى عليه أو باقراره وهذا يشير الى أنه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى رأى القاضى يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث أو أقل أو أكثر اتفاقى وليس بتقدير حتما قال رحمه الله (ثم يسأل عنه) أى القاضى يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفى فى هذا والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى والشهادة بالنفى ليست بحجة فكان للقاضى أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط قال رحمه الله (فان لم يظهر له مال خلاه) لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما قال رحمه الله (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أى لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منتظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانظاره تعالى بل أولى ولكنا نقول هو منتظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب فوق حاجته الدارة فيأخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له أن يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على أدائه لانه مؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع فى كل لحظة فيلازمونه قال رحمه الله (وردت البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلم تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد رحمه الله أنها تقبل وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وكافة المشايخ على الاول قال رحمه الله (وبينة اليسار أحق) يعنى اذا أقام المدعى البينة على اليسار وأقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال رحمه الله (وأبد حبس الموسر) لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده فى الحبس وفى الجامع الصغير رجل أقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا فأقر عند القاضى وظهر للقاضى جحوده عند غيره ومماطلته أو ظهر له مماطلته بعد

ماأقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال رحمه الله (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل مال ولا لزمته بعقد على ما بينا قال رحمه الله (الا فى دين ولده) أى لا يحبس الوالد فى دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه قال رحمه الله (الا اذا أبى من الانفاق عليه) يعنى لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضى الزمان فلا يخاف فيها الفوات وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لانه ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله أخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له أن يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبى عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما أتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضا لانه يتمكن من الاسقاط أيضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة ألا ترى أن الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبى والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو أعطى كفيلا ولا لمجىء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه و يوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله و يكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة فى السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان فى السجن موضع يستره لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يؤدى الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير فى قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذى يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس فى درهم ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب

﴿باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره﴾

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما أورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال رحمه الله (و يكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه مافى الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ماروى أن عليا كرم الله

﴿باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره﴾

(قوله وانما أورده فيه لانه من عمل القضاة) أى ولكنه يحتاج الى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اه (قوله فى المتن و يكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) وذلك لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان الفروع ينقلون بشهادتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز فى الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضى فيه لان فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشبهات ولان الكتاب قد يزور لان الخط قد يشبه الخط فيتمكن نوع شبهة اه اتقانى

(قوله روى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به) قال الاتقانى وقال الصدر الشهيد فى كتاب أدب القاضى وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه قال يجوز فى جميع العروض وبه أخذ مشايخنا المتأخرون وقال فى شرح الطحاوى وقال ابن أبى ليلى يقبل فى جميع ذلك أى يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا التعامل الناس اه (قوله وعنه أنه أجاز فى الامة أيضا بشرائطه) قال فى الهداية و يختص بشرائط قال الاتقانى أى يختص كتاب القاضى الى القاضى بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم لمعلوم أعنى أن يكون القاضى المكتوب منه معلوما والقاضى المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعى والمدعى عليه معلوما اه وكتب ما نصه قال فى الهداية وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعه قال الاتقانى وموضعه كتاب الاباق من المبسوط وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ونسبته للذى أخذه والختم فى عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ماقال فى شرح الطحاوى وانما يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الدين والعين الذى لا يحتاج الى الاشارة اليه كالدار والعقار وأما المنقول الذى يمكن الاشارة اليه لا يقبل عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف مثل ذلك الا فى العبد (١٨٣) والآبق اذا أبق فأخذ فى بلدة فأقام صاحبه البينة عند القاضى أنه عبده أخذه فلان فى مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيجب عليه أن يكتب الى ذلك القاضى أنه قد شهد الشهود عندى وزكوا أن عبدا صفته كذا أخذه فلان بن فلان وأنه لفلان بن فلان ونسبهما الى أبيهما والى فخذهما و يقطع الشركة بينه وبين الآخر ويكتب العنوان فى الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب اليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج فاذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم فى عنقه وأخذ منه كفيلا ثم يبعثه الى القاضى الذى كتب اليه أول مرة فاذا ثبت عنده قبله وقضى به وسلم العبد الى الذى جاءه بالكتاب وأبرأ كفيله الى هنا لفظ شرح الطحاوى وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك فى الامة أيضا على رواية قبول الكتاب فى الامة وهو معنى قوله يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعه اه قال فى خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضى الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضى المكتوب اليه ونسبه ولكن كتب الى من بلغ كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب والى كل من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز فان كل قاض وصل اليه عمل به ولو لم يكتب فى الكتاب التاريخ لا يقبله وان كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا فى ذلك الوقت أم لا ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا وكذا كونه كتاب القاضى لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به الى هنا لفظ الخلاصة وقال فى شرح الطحاوى وكتاب القاضى الى القاضى فى حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جائز الا فى الحدود والقصاص لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة فى الحدود والقصاص لا تقبل وقال فى خزانة الفقه و يجوز كتاب القاضى الى القاضى فى المصرين أو من قاضى مصر الى

وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيأتى بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضى فى الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لاسيما اذا كان فى بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضا اذ أكثر الناس لا يحسنون ذلك وفى كتاب القاضى غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك فى الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله فى غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار روى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وأمثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفى دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة أو نفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه أجاز فى العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك لينقلها الى الكاتب وعنه أنه أجاز فى الامة أيضا بشرائطه وهى أن يكلف المدعى أنه كان له عبد آبق وهو اليوم فى يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضى ويذكر أنه شهد عندى فلان وفلان بان العبد الهندى الذى يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى هذا وقد أبق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشر وطه على ما يجىء سلم العبد الى المدعى من غير أن يقضى له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ

كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق أنه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه أولا ليبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا أنه لا يسلمها الى المدعي بل يبعثها مع أمين معه قال رحمه الله (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة ولحضور الخصم قال رحمه الله (وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا) أي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لهما والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه الا اذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه أو لينفذ حكمه قال رحمه الله (والا لم يحكم) أي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذه خلافا في مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوزه له قال رحمه الله (وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على أن الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال رحمه الله (وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم) أي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم أو يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في سائر الشهادات ومن شرائطه أيضا أن يكون للكتاب عنوان وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه واسم أبيه وجده حتى لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب

ويكتب

قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر اه اتقاني رحمه الله قوله قال في الهداية وعنه أي عن أبي يوسف اه (قوله في المتن فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) قال الاتقاني قوله حكم بالشهادة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه الى هنا لفظ القدوري وذلك لان الشهادة لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم حاضرا حكم عليه لوجود الحجة وكتب بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب يسمى سجلا واذا لم يكن الخصم حاضرا يسمع الشهادة ولا يحكم بها ويكتب بما سمعه من الشهادة الى القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب اليه بذلك اذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لانه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه اه وكتب على قوله فان شهدوا على خصم حاضر الخ ما نصه قال الكاكي المراد بالخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلا لاثبات الحق عليه وان لم يكن هو وكيلا عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى القاضي اذ الحكم يتم على الخصم بحكمه ولو لم يكن خصما أصلا لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضاء على الغائب وهو لا يجوز عندنا وعند الائمة الثلاثة يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج الى خصم (قوله ولو حكم به حاكم يرى ذلك) أي الحكم على الغائب اه (قوله في المتن وقرأ عليهم وختم عندهم الخ) هذه رواية القدوري وذكر الخصاف أنه يدفعه للطالب ويكتب معهم نسخته اه (قوله أو يعلمهم بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية ويسلم الكتاب الى المدعي وعليه عمل القضاة اليوم اه كاكي

ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه واسم المدعي على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الائمة رحمه الله لكونه أسهل قال رحمه الله (فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب ليحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز أن يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم أنه كتاب القاضي وان أقر فلا حاجة الى اقامة البينة أنه كتابه ولا يلزم كتاب الاستئمان من أهل الحرب حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بأنه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال أبو يوسف رحمه الله يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال رحمه الله (فان شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فضه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي

(قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب) قال في الغاية يشترط أن يكون مختوما معنونا في داخله وخارجه ثم قال بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعبرة للداخل لا للخارج اه قال الكاكي والشرط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لا يجوز اه (قوله في المتن ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) قال الاقطع قال أبو يوسف يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اه اتقاني وكتب على قوله ولم يقبله الخ ما نصه قال في الهداية ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة اه وكتب على قوله ولم يقبله ما نصه أي لم يأخذه اه ﴿صورة كتاب القاضي الى القاضي﴾ قال الاتقاني ونختم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرد من صورة كتاب القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أحمد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له على رجل في كورة كذا حقا فسألني أن أسمع من بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان وبحليهم ونسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما دينا حالا وسألني أن أحلفه ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشئ فأحلفته فحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وانه له عليه وسألني أن أكتب له اليك بما يستقر عندي فكتبت اليك بهذا الكتاب وأشهدت عليه شهودا أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفع الى المدعي فان أتى به المدعي القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا أنكر قال جئني بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء ببينة وعدلوا سمع من بينة المدعي على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول له أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا انه قد قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا سمع منه لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنه فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب فاذا قال الشهود نعم قد أشهدنا على ما فيه على ما قرأ علينا سأل الخصم عما شهد به عليه فاذا أقر ألزمه اياه وان أنكر قال لك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجته فان قال لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا عليه بهذا المال قال له ألك بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينسب مثل ما تنسب اليه والا ألزمتك ما شهدوا به فان جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب بمثل ما ينسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرد اه (قوله لانه ليس بملزم) أي لان الامام بالخيار ان شاء أعطى الامان وان شاء لم يعطه اه (قوله في المتن وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود لانهم لما شهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب

القاضي الكاتب فاذا قرأه عرف مافيه (قوله لانه لايكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم) وذكر الخصاف أنه لا يقبل قبل ظهور العدالة
ثم قال ما قال محمد أصح أي يجوز الفتح بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اهـ كاكي (قوله ثم لابد
من مسافة بين القاضيين) وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر قال بعض المتأخرين (١)
(قوله وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لو غدا الخ) قال مسكين وفي السراجية كتاب القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف أنه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضي لا يمكنه الرجوع الى منزله في يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى اهـ (قوله ذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الخ) في الخصاف وروى عن محمد أنه قال في مصر فيه قاضيان في كل جانب قاض يكتب أحدهما الى الآخر كتابا يقبل كتابه ولو أتى أحدهما الى صاحبه فأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله لان في الوجه الاول كان الاول خاطبه في موضع القضاء وفي الثاني خاطبه في غير موضع القضاء اهـ (قوله في المتن ويبطل الكتاب بموت الكاتب) قال في الهداية وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا اهـ

الكاتب قد كتب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لايكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاف أنه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات أن الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الخ شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف فانه عنده يقبله من غير بينة ومن بد المدعي أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لابد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد وعن محمد رحمه الله أنه تجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكأنهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر بالعجز قال رحمه الله (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) هذا اذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني أو بعد وصوله قبل أن يقرأه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول قبل أداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحد أو عمي وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي به ذكره في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكتابته بمنزلة أداء شهود الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع القضاء فكذا هذا وهكذا الحكم في كل شاهد مات بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا أن القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا أن لهذا النقل حكم القضاء ألا ترى أن هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد أدائهم الشهادة لانهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول أو بموت الفروع كما في سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض آخر وأمضاه جاز لان قضاءه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث ينفذ بنفس القضاء لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم

(١) هنا بياض بالاصل

بها وفي اختلاف زفر رحمه الله ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله (وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عائد الى القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا له وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كالقاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء أو نقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي على أصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه أن يكتب كتابا الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا أن يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصار وا كأنهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له أن ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة وهي المجوزة للنقل قال رحمه الله (لا بموت الخصم) يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي أن لا يبطل لان وارثه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله أصلح الله الامير ولا يكتب أكثر من ذلك وان كان في مصر آخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس أن لا يجوز في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل أحد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصر آخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال رحمه الله (وتقضي المرأة في غير حد وقود) لان القضاء يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من أهل الولاية وبه تصير أهلا للشهادة فكذا القضاء كالرجل قال رحمه الله (ولا يستخلف قاض الا أن يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمأمور بأدائها أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم ان أحدث قبل أن يشرع في الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني بانيا فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو أفسد المستخلف

(قوله فكذا يجوز قضاؤها الى آخره) أي ولا تصلح للخلافة على ما يأتي في كتاب الشهادة اهـ (قوله كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل) بخلاف المستعير حيث كان له أن يعير لان المنافع تحدث على ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فكان متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما أذن له اهـ غاية

(قوله فى المتن واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه) المراد بالامضاء التنفيذ اه اتقانى (قوله ان لم يخالف الكتاب) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذى لم يختلف فى تأويله السلف مثل قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوج امرأة الاب ولا جاريته ولا بطأ واحدة منهما فلو حكم القاضى بجواز نكاح امرأة الاب كان للقاضى الثانى فسخه اه غاية وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عمدا لا يصح ويبطله القاضى الثانى لانه مخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه اه غاية (قوله فلا ينقض بما هو دونه) حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثانى لان قضاء الاول كان فى موضع الاجتهاد والقضاء فى المجتهدات نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثانى مخالفا للاجماع فيكون باطلا اه محيط وكتب ما نصه قال الاتقانى والاصل هنا ما قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضى فى فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضى ينفذ فى المجتهدات على من خالف رأيه حسب نفوذه على من وافق رأيه فاذن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه اه ﴿فرع﴾ ذكره فى المحيط نصه رجل وطئ أم امرأته أو ابنتها فخاصمته زوجته فى ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأة له وجها ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الاول بل ينفذه نص عليه الخصاف وذلك لان هذا فصل مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا فى حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والاحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الاول فيه بالاجماع ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر ان كان الزوج جاهلا حل له المقام معها وان قضى بحرمتها نفذ قضاؤه ولا يحل له المقام معها لان المقضى له متى كان جاهلا يتبع رأى القاضى وان كان عالما ينظر ان قضى القاضى بحرمتها والمقضى له يرى حلها نفذ القضاء بالاجماع حتى لا يحل له المقام معها لان الزوج مقضى عليه فيتبع فى القضاء عليه رأى القاضى وان قضى له بحلها والمقضى له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله أن القضاء اذا كان بخلاف رأى المقضى له هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ ويتبع رأى نفسه حتى لا يحل له المقام معها وقال أبو حنيفة ومحمد ينفذ ويتبع رأى القاضى حتى يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف فى النوادر وذكر فى استحسان الاصل وفى السير الكبير اذا طلقها بالفاظ الكناية فرفع الى قاض وهو يرى الكناية رواجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن يراجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافا فظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف لابى يوسف أن القضاء فى حق المقضى له فتوى لانه لا الزام عليه لانه يخير فيه ان شاء راجع وان شاء لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراما والبائن رجعيا كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولى هذا عمدا وقضى القاضى له عليه بالقود والولى يعرف أن الشهود شهود زور لا يحل له أن يقتله فكذا هذا لهما أن القضاء الزام فى حق المقضى له من حيث الاعتقاد لانه ألزمه ثبوت اعتقاد الحل والرجعة فيصير مقضيا عليه فى حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه فى حق الاستيفاء ولهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم فى حق الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اه

الجمعة وأعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضى جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا فى قذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضى جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رأيه كالوكيل بالبيع أو الشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته أو بغيبته فأجازه ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولى من شاء فيصير نائبا عن الامام فى التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل فى حياته لان أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى راضيا باستعانته بغيره دلالة كى لا تفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بأنفسهما فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك إلا ما أطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون فى الامانة والتصرف قال رحمه الله (واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثانى أيضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجىء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح أن عمر رضى الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقى عمر رضى الله تعالى عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عمر رضى الله تعالى عنه لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما يمنعك عن القضاء قال ليس هنا نص والرأى مشترك وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى فى حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له فى ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه قيده بكون الثانى يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره فى الكتاب التقييد

(قوله فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا الى آخره) ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفا للكتاب أو السنة المشهورة أو الاجماع فاذا كان مخالفا لاحدها يبطله القاضى الثانى لانه وقع باطلا اه اتقانى (قوله لمخالفته الكتاب أو السنة) قال الاتقانى رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضى بالقصاص بالقسامة أعنى يحلف المدعى خمسين يمينا اذا وجد قتيل فى محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة فحلف المدعى على أن فلانا قتله كان له أن يقتص منه فى قول مالك وهو قول الشافعى فى القديم كذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه قال فى المحيط والقتل بقسامة بان وجد قتيل فى محلة بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولى القتيل رجلين فى المحلة أنهما قتلاه وحلف على ذلك عند مالك يقضى القاضى بالقود فهذا القضاء مخالف للاجماع لان أحدا من الصحابة لم يقض بالقود بالقسامة فلا يكون خلاف مالك معتبرا اه (قوله وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين) قال فى المحيط لان القضاء بشاهد ويمين مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية فالله تعالى شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فكان القضاء بشاهد ويمين مخالفا للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لانه يخالف الكتاب ويخالف الاجماع أيضا فانه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد ويمين الا مروان ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا محتملا فلم يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر الرازى أن هذا مذهب محمد وأما مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ كذا ذكر الامام الناصحى وقال شمس الائمة السرخسى وهذه المسئلة تنبنى على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرفع هكذا ذكر فى شرح أدب القاضى يعنى أن الصحابة اختلفوا فى جواز بيع أمهات الاولاد وروى عن على أنه قال اجتمع رأيى ورأى عمر فى أمهات الاولاد أنهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلمانى رأيك فى رأى عمر أحب الى من رأيك وحدك ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضى بجواز البيع مخالفا للاجماع فيبطله الثانى عند محمد وعندهما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع التابعين كان قضاء القاضى فى فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثانى وقال القاضى أبو زيد فى آخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وذكر عن أبى يوسف فى النوازل انه لا ينفذ القضاء اه (قوله أو بصحة نكاح المتعة) قال فى المحيط أو قضى قاض بمتعة النساء فى النكاح الى أجل ثم رفع الى قاض آخر لم ينفذه لان هذا القضاء مخالف للاجماع فان الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه وروى عن عائشة أنها منسوخة نسخها آية الطلاق والعمل بالمنسوخ حرام وروى عن أبى يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به وهذا فى لفظ المتعة بان قال أتمتع بك الى أجل فأما اذا قال تزوجتك الى شهر عندنا يبطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد اه

به فيرهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقا لرأيه وقالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان فى رواية ينفذ لانه ليس بخطإ بيقين وفى أخرى لا ينفذ لانه خطأ عنده وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهما لا ينفذ فى الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره فى الكافى ثم شرط أن لا يكون مخالفا لما ذكر من الأدلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثانى لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سائغ فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى فحاصله أن الذى قضى به الاول لا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون موافقا للدليل الشرعى كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه وإما أن يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعى فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من أصحاب الشافعى رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فأبطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق وإما أن يكون الخلاف فى نفس القضاء ففيه روايتان فى رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود فى الاصح لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف فى نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله وإما أن يكون مخالفا للدليل الشرعى وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع الى حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب أو السنة أو الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين أو بالقصاص بتعيين الولى واحدا من أهل المحلة ويمينه أو بصحة نكاح المتعة

(قوله أو بصحة بيع عبد معتق البعض) قال في المحيط لان هذا القضاء مخالف لاجماع الصحابة فان الصحابة اتفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج الى العتق بالسعاية واليه ذهب أبو حنيفة وقال بعضهم يعتق كله واليه ذهب أبو يوسف ومحمد اه (قوله أو بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل أن يدخل بها الثاني) لانه مخالف السنة المشهورة وهي حديث العسيلة اه غاية (قوله وبيع أم الولد من هذا القبيل) قال الاتقاني ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني ان ينقضه كذا ذكر الخصاف في أدب القاضي وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين اختلاف الشافعي فيه اه (قوله في المتن ظاهرا وباطنا) قال الاتقاني والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا أن يثبت فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى ثم ينبغي لك أن تعلم أن النفاذ ظاهرا وباطنا فيما اذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لان في الاملاك المرسلة أي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فانه لا يمكن اثبات الملك بدون سبب وفي الاسباب كثرة فتعذر تعيين سبب الا ترى الى ما ذكر في خلاصة الفتاوى وأجمعوا ان في الأملاك المرسلة أي المطلقة ينفذ ظاهرا لا باطنا وأجمعوا أن الشهود لو ظهروا عبيدا أو محدودين في قذف أو كفارا ينفذ ظاهرا لا باطنا وأجمعوا أنه لو أقر بالطلقات الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها الى هنا لفظ الخلاصة اه وكتب ما نصه اعترض بأن قضاء القاضي ينفذ باطنا في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ ولهذا ينفرد به الزوج فينبغي ان يقال كل شئ قضى به القاضي في الظاهر فهو في الباطن كذلك اذا كانت الدعوى بسبب معين لان القضاء في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا اتفاقا حتى لا يحل للمقضى له وطؤها اه (قوله فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي) وجه قولهم أن تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لان الشهود كذبت والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهو الحجة الصحيحة

والموقت أو بصحة بيع عبد معتق البعض أو بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا أو بجواز نكاح الجدة أو امرأة الجد أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل أن يدخل بها الثاني أو ابطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة أو بعدم وقوع الطلاق على حبلى أو حائض أو قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز وأصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الائمة يرتفع به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة) أي الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امرأة وهي منكوحة الغير أو معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا لكان

وجه قول أبي حنيفة أن حجة القضاء قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك يأثم لان حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي ووجوب العمل به لانه لا طريق الى ذلك فصارت ساقطة العبرة وبقيت العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فاذا وجد فقد قام دليل أوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به فاذا بنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن لانه صدر منه بأمر الشرع مضافا اليه قال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء فاذا قضى بما رضي من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وصورة القضاء في العقود كثيرة منها اذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها اذا قضى بالبيع بينهما بشهادة الزور وهو على وجهين اما ان تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعي على غيره أنك بعت مني هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال اشتريت هذه الجارية يحل للمشتري وطؤها في الوجهين وصورة القضاء في الفسوخ كثيرة أيضا منها اذا ادعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور وفسخ القاضي يحل للبائع وطء الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهرا وباطنا كذا في الذخيرة البرهانية اه

(قوله والنكاح) وانما ينفذ القضاء بشهادة الزور اذا كان بمهر المثل لان النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا يملك انشاءه اه (قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) قال في المحيط ولو أقام بينة زور على رجل أنه وهب منه هذه الجارية أو تصدق بها عليه وقبضها منه وهو في يده بغير حق لا ينفذ قضاؤه باطنا عندهما وهل ينفذ عند أبي حنيفة عنه روايتان في رواية ينفذ كما في الشراء والنكاح لان السبب معين يدعيه المدعي وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي رواية لا ينفذ وهي رواية الخصاف كما في الاملاك المرسلة اه (قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر) بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى الصدق فاذا كان المدعي صادقا فالا ينكر المدعى عليه لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضي بالبينة اه غاية (قوله وأحكامهما مختلفة) فحكم القضاء بالبينة أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك اه غاية (قوله وان الجهل به يمنع القضاء) وقد تقدم عند قوله واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فلينظر اه قوله عند قوله يعني في المتن الذي تقدم (قوله وكان

كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى أن التفريق باللعان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطنا حتى يحل للبائع وطء الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشاء وشرطه أن يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج أو كانت معتدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في أسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق أو غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى ان المكاتب والعبد المأذون يملكانه واذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا بالبطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي أن يثبت الانشاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وجوابه أن يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا أن المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فيبقى ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال رحمه الله (ولا يقضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأة أبي سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه أحمد وأبو داود والترمذي بمعناه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اعانة لها على أخذ ماله ألا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي

عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا) ومما يرجحه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل على جناح وأنه عليه السلام فوض اليها تقدير الاستحقاق ولو كان قضاء لم يفوضه الى المدعي ولانه لم يستحلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة اه

(قوله ولو أقر عندنا الحا كم فغاب الخ) قال في الدراية في باب الاستحلاف ولو أقر وغاب قضى عليه لان ذلك قضاء اعانة ولو أقيم البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لان له حق الجرح في الشهود اه (قوله أحدهما أن يكون مايدعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا مثل أن يدعي الخ) وفي هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اه

(قوله وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب) أي وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان المدعى شئ واحد وهو الدار اه وأيضا فالادعاء على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت مايدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك اه (قوله فأقام المدعى البينة انه اشتراها من فلان الغائب) أي بألف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعا اه غاية (قوله حتى اذا حضر الغائب لزمه) أي ولا يلتفت الى انكاره اه (قوله والثاني) أي النوع الثاني اه وكتب مانصه ومسائله ثلاث أيضا اه (قوله فيجب عليه ثمانون سوطا) أي فتقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأمكن العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر حدا كاملا وعلى الغائب عتقا لكن لما كان العتق سببا لثبوت مايدعى على الحاضر لان تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال قضى بالبينة في حق الغائب والحاضر جميعا اه غاية (قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البينة الخ) قال في غاية البيان والثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصيبي مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا حيث

بانه بكلام المدعى اذا لم يكن له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم وكذا لو أقام المدعى البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لان له أن يطعن في البينة فيبطل به دون الاقرار وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقضى بالبينة أيضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بأن يكون مايدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان أحدهما أن يكون مايدعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا مثل أن يدعي دارا في يد انسان وأنكر ذو اليد وادعى المنكر أنها ملكه وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى في دار في يد انسان شفعة لان ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم أشترها من أحد فأقام المدعى البينة انه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعى البينة أن له على الغائب ألف درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى اذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج لاعادة البينة والثاني أن يكون مايدعيه عليهما شيئين مثل أن يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد أعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعى البينة أن مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشئ واحد اذ لا ينفك أحدهما عن الآخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو أقام أحد الوليين البينة ان شريكه الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصيبي مالا تقبل وان كان أحد الحقين ينفك عن الآخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل أن يدعي رجل انه وكيل الغائب بنقل امرأته أو عبده اليه فأقامت المرأة أو العبد بينة انه أعتقه أو طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل أن ينقلهما ولا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقضيان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى أن مولاها زوجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان مايدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بينة أن فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضا تقبل مطلقا كما في السبب منهم على البزدوي لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضا قال رحمه الله (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب) لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا ترى انه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجحد المستقرض على ممر الزمان وترد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي

﴿ باب التحكيم ﴾

(قوله لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره في كتاب القضاء) أي الا انه أخر ذكره لان حكمه أدنى حالا من حكم القاضي ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي انتهى اليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فان القاضي ينفذ حكمه اذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم الحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم أم لا ولا يجوز حكم الحكم الا بعد رضا الخصمين بقال حكمه أي فوض الحكم اليه اه غاية (قوله وكذا الولاية لهما على العاقلة) يعني لو حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة أو على القاتل في ماله لا يجوز اه (قوله والاول ذكره الخصاف) وهو الصحيح اه غاية (قوله لانا نقول) أي نقول يجوز أن لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة اه غاية

حيث يكون الاقراض أحسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشتغال فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الى أمينه ودفعه اليه بطريق القرض أنظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة أمانة ان هلكت تهلك بغير شئ ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه الا لثقته ومعرفته بأحوال الناس الامن أمين يؤمن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الائمة في الاب روايتان أظهرهما انه ليس له أن يقرض والمعنى مابينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الايتام حتى لو اختل أحدهم أخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير ألا ترى انه ليس له أن يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له أن يتركه عنده انتهاء والله أعلم بالصواب

﴿ باب التحكيم ﴾

لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها نزلت في تحكيم الزوجين وأما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام تركهم على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله (حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة أو اقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا) لما تلونا ورويناه ولان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط أن يكون حكمه بالبينة أو الاقرار أو النكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا الا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره أو ثبت جراحته ببينة وارشها أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمدا أو كان قدر ما تتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط أن يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما كافرا أو عبدا محجورا أو محدودا في قذف أو صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام أهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا أو امرأة جاز كما في القضاء لانهما أهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه أهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة قال رحمه الله (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الامام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات قال رحمه الله (فان حكم لزمهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى قال رحمه الله (وأمضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه) يعني اذا رفع حكمه اليه ومحا كما عنده نفذه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه قال رحمه الله (والا أبطله) أي ان لم يوافق مذهبه أبطله لان حكمه

(قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل) قال الاتقانى رحمه الله قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله أى قول المحكم ذكره تفريعا على ما تقدم يعنى اذا قال الحكم لاحد الخصمين قد أقررت عندى بكذا أو قال قامت البينة عليك وألزمتك بالحكم وأنكر المقضى عليه ان يكون أقر فالحكم ماض عليه لان له أن ينفذ التحكيم ما دام فى المجلس والمجلس باق فاذا قال حكمت صدق وان قال الحكم كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قول المعزول انى حكمت عليه بكذا ولانه لما قام من مجلسه صار قضاؤه كالقاضى بعد العزل اذا قال قضيت بكذا لا يصدق كذا هنا اه (قوله فهنا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز) قال قاضيخان فى كتاب الدعوى فى فصل من يجوز قضاء القاضى له ويجوز قضاء القاضى لام امرأته بعد ما ماتت امرأته ولا يجوز ان كانت امرأته حية وكذا لو قضى لامرأة أبيه بعد ما مات الاب جاز وان كان الاب فى الاحياء لا يجوز اه

﴿ باب مسائل شتى ﴾

(قوله فى المتن لا يتد) وتد الوتد يتده اذا ضربه بمن باب ضرب اه اتقانى (قوله فى المتن ولا ينقب كوة) بفتح الكاف اه اتقانى (قوله وهذا عند أبى حنيفة) أى لغير رضا صاحب العلو اه فتح (قوله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو فى سكناه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى

لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة فى حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضى حكمه بمنزلة اصطلاحهما فى المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا رأى خلاف ذلك فكذا هذا وهذا لانه أعطى له حكم القاضى فى حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفى حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن أبى ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعى وجوابه ما بينا ولو أخبر هذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال فى النهاية يعنى لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد أقررت عندى لهذا بكذا وكذا أو قامت عندى بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وأنكر المقضى عليه أن يكون قد أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضى المولى اذا قال فى حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندى بذلك فانه يصدق فى ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا هذا وقال فى المحيط حكما رجلا ما دام فى مجلسه وقالا لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام فى مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل أو بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت أو بخروجه من أن يكون أهلا للشهادة بان عمى أو ارتد والعياذ بالله تعالى وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب أو أغمى عليه وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه لان هذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولى القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالى وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالى وكذا لو حكم بينهما فى بلد آخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة فى الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز لانهما رضيا برأيهما لا برأى أحدهما والله أعلم بالصواب قال رحمه الله (و بطل حكمه لابويه و ولده و زوجته كحكم القاضى بخلاف حكمه عليهم) أى يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز أن يقضى لابى امرأته وأمها وكذا لامرأة ابنه أو لزوج ابنته اذا كان المقضى له بالحياة لان شهادته جائزة فهنا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء للاخوة وأولادهم والاعمام لان شهادته لهم جائزة والله أعلم بالصواب وهو حسبى ونعم الوكيل

﴿ باب مسائل شتى ﴾

قال رحمه الله (لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضا ذى العلو) معناه اذا كان لرجل سفل ولآخر علو فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو بيتا أو يضع عليه

جذوعا

(قوله قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة) على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر قال قاضيخان فى فتاواه علو لرجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلو أن يبنى فى العلو بناء أو يتد وتدا الا برضا صاحب السفل وقال صاحباه له ذلك اذا لم يضر بالسفل والمختار للفتوى انه ان ضر بالسفل يمنع وان لم يضر لا يمنع وعند الاشتباه والاشكال يمنع اه (قوله وعنده الاصل هو الحظر) وقوله قياس لانه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فوجب نقضه اه كافى (قوله ولا خلاف فيما لا اشكال فيه) أى فان له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق اه (قوله ولو انهدم السفل من غير صنع) أى أما اذا هدمه بنفسه فيأتى حكمه فى الشرح اه (قوله ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ) وفى الخلاصة فى الفصل الثانى فى الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما انفق وهذا عندى فى غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اه فتح (قوله حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء) قال الكمال واختلفوا ان القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اه (قوله كان له أن يرجع) أى لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا اه فتح (قوله يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير) أى وهو قرار العلو اه فتح (قوله وذلك مثل كرى النهر) أى المشترك بينهما اذا امتنع أحدهما عن كريه وكرى الآخر اه (قوله وفداء العبد الجانى) يعنى العبد المشترك اذا جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر اه (قوله فى المتن زائغة مستطيلة ينشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الاولى غير نافذة أيضا وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الامام التمرتاشى والفقيه أبو الليث الا أن يحمل غير نافذة حالا من الزائغتين جميعا اه كاكى (قوله فليس لاهل السكة الاولى أن يفتحوا بابا الخ) ولكن هذا فيما اذا أراد بفتح الباب المرور فانه يمنع اتفاقا واذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه أبى جعفر اه اتقانى (قوله والصحيح هو الاول لما ذكرنا) قال الاتقانى والاصح انه يمنع من فتح الباب لانه نص فى الكتاب قال وليس له أن يفتح بابا وهذا لانه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لانه لا يمكنهم منعه فى كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستضاءة والريح ونحوه لا يمنع اه

جذوعا أو يحدث كنيفا قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر ومثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو أن الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف فى ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما أشكل يبقى على أصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف فى محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على أصل الحظر وهذه الاشياء من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدى ولكن لصاحب العلو أن يبنى ان شاء ويبنى عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر فى ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبنى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون أو مولى العبد الجانى يتصرف فيه بعتق أو نحوه وذكر الحلوانى أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لانه متطوع اذ كان يمكنه أن يجبره وذلك مثل كرى النهر أو اصلاح سفينة معيبة وفداء العبد الجانى وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر فى النهاية معزيا الى قاضيخان ولو تصرف صاحب السفل فى ساحة السفل بأن حفر بئرا عند أبى حنيفة رضى الله عنه له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة ينشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى بابا بخلاف المستديرة) معناه سكة طويلة ينشعب عنها سكة أخرى طويلة وهى غير نافذة فليس لاهل السكة الأولى أن يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم فى الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الأولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع فى كل ساعة ويخاف أن يسد بابه الاصلى ويكتفى بالباب المفتوح و يجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لأنها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولأنه يركب عليه بابا ويدعى حق المرور وعلى طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور

(قوله فيحكم له به) قال شمس الائمة الحلوانى فى محيطه فى كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعاء لانهم شركاء فى حقوق المبيع فان كان فيها عطف ان كان مربعا فاصحاب العطف أولى بما بيع فى عطفهم لانه بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة لان هيآت الدور فى العطف المربع تخالف هيآت الدور فى السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصار كسكة فى سكة ولهذا يمكنه نصب الدرب فى أعلاهم وهم وأهل السكة فيما بيع فى السكة سواء كما لو بيعت دار فى السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذا هنا وان كان العطف مدورا فالكل سواء لان العطف المدور اعوجاج فى بعض السكة وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين لان هيآت الدور فيها لا تختلف بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة الى هنا لفظ شمس الائمة الحلوانى اه اتقانى رحمه الله (قوله وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر فى زماننا) قال العمادى والحاصل ان فى هذه المسائل وأجناسها القياس ان كل من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه فى الحكم وان كان يلحق ضررا بالغير لكن ترك القياس فى موضع يتعدى فيه ضرر تصرفه الى غيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه (قوله وبعده يقبل لوجود التناقض) اذ لا يمكنه أن يقول وهبنى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريتها منه منذ سنة اه كاكى (قوله وفى الوجه الثانى يمكن الخ) أى لانه يمكن أن يقول وهبنى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ أسبوع اه كاكى (قوله والمسئلتان بحالهما) أى بأن ادعى الهبة فى وقت ثم برهن على الشراء قبله ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها اه وقوله لا يقبل فى الاولى أى لان دعواه الهبة فى وقت اقرار منه بملك الواهب فى ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار فكان متناقضا فلا يتمكن من اثباته بالبينة فأما دعواه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك له فى ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة اه كاكى (قوله لانا نقول لما جحد الهبة الخ) انفسخت فى حق المدعى عليه وتوقف الفسخ فى حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح اه كاكى (قوله ومثله لو ادعى دارا فى يد رجل أنه له اشتراها من أبيه) أى المدعى اشتراها من أبى نفسه اه (قوله يقبل لامكان التوفيق على ما بينا) أى بأن يكون اشتراها من أبيه ثم جحد أبوه الشراء حتى مات فورثها اه

فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعنى بخلاف ما اذا كانت الزائغة الثانية مستديرة بحيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهى التى فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهى بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم أن للانسان أن يتصرف فى ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له أن يتخذ فى داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبنى بينه وبين جاره حائطا وعن أبى يوسف رحمه الله ان الجيران اذا تأذوا من دخانه فلهم منعه الا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم فى الحكم منعه ولو حفر فى داره بئرا فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول أصحابنا رحمهم الله ولو أراد بناء تنور فى داره للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لانه تصرف فى ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره أن يساعده فى البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر فى زماننا لانه لابد من سترة بينهما وقال قاضيخان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لا يجبر والا أجبر وقيل ان كان يقع بصره فى دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع فى سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله (ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها أو برهن على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل) لوجود التناقض فى الوجه الاول لانه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفى الوجه الثانى يمكن إذ الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدنى الهبة والمسئلتان بحالهما لا يقبل فى الاولى ويقبل فى الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق فى ذلك بين أن يقول جحدنى الهبة أولا ولا يقال فى الثانى أيضا وجد التناقض لانه يدعى شراء ملكه لانه إذا ملكه فى وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما ينبغى أن تقبل بينته لان التوفيق ممكن بأن يجعل الشراء متأخرا ومثله لو ادعى دارا فى يد رجل أنها له اشتراها من أبيه فى حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن إقامة البينة وحلف ذو اليد فأقام المدعى بينة أنه ورثها من أبيه يقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الارث من أبيه أولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن

التوفيق

(قوله فى المتن فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) وقال بعضهم لا يجوز له أن يطأها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وجه قوله أنه لما باعها فهى على ملك المشترى ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا ولنا ان الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد وبجحودهما بأن تجاحدا البيع ثم اذا جحد المشترى البيع حصل الفسخ من جهته فاذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدامها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اه أتقانى (قوله فى المتن ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق) يعنى أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو أودعنى ألف درهم ثم قال الا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد ذلك هى زيوف أو نبهرجة اه فتح (قوله سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا) وفى المبسوط أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل [واطلاق المصنف قوله صدق يفيده وهذا بخلاف ما اذا أقر بالدين فى المبسوط فى باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة الا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى دعوى الزيافة وصل أم فصل فى قول أبى حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام أو بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح فى كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة اه كمال (قوله والقبض لا يختص بالجياد) أى فلا يكون بدعوى الزيوف متناقضا فتسمع دعواه بخلاف ما اذا ادعى انها ستوقة أو رصاص حيث لا تسمع دعواه لانه متناقض لانه قال اقتضيت الدراهم ثم دعواه الستوقة أو الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم (قوله حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه مناقض) أى لانه أقر بقبض حقه صريحا أو دلالة اه هداية (قوله فان كان مفصولا لا يصدق) أى لان قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل اه من خط الشارح رحمه الله

التوفيق وقيل لابد من دعوى التوفيق من المدعى والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الامة فأنكر فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) لان المشترى لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله أن يردها على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى حتى إذا أقام المشترى بعد ذلك بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفى النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشترى ليس له أن يردها على بائعها لانه غير مضطر فى فسخ البيع الثانى لاحتمال أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث والاشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغى أن يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه فى غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف فى الجارية بالنقل من موضع الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجرتك هذه الدابة يوما بكذا فأخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله (ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى أنها زيوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى أنها نبهرجة ولو ادعى أنها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى فى الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق فى إنكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه مناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه فى الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف ما إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين فى البيع فاذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ثم دعواه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت فى الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهى متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه أو استوفى ثم ادعى أنه كان زيوفا يستظهر فان كان مفصولا لا يصدق وهو المقصود بما ذكرنا

وان كان موصولا صدق وقال فى النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة أو رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما رده بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هى المغشوشة والنبهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخى الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر أو النحاس هو الغالب قال رحمه الله (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فرده ثم صدقه فلا شئ عليه) يعنى إذا أقر لغيره بألف درهم فرده المقر له بأن قال ما كان لى عليك شئ أو قال بل هو لك أو لفلان ثم صدقه فقال بل كان لى عليك فى مكانه أو بعده فلا شئ على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقى على حاله فعمل فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه حتى إذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار أو الابراء عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشئ لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو أراد تحليف المقر له لا يحلف عند أبى حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لى على فلان شئ ثم ادعى ان له عليه دينا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبى يوسف رحمه الله اذا ادعى انه أقر كاذبا وأراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع الآخر عن التسليم قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شئ قط فبرهن المدعى على ألف وهو برهن على القضاء أو الابراء قبل) أى ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك على شئ قط فأقام المدعى البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو أبرأه المدعى تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم يقضى الا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فأنكر فأقام المدعى البينة وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك فى دعوى الرق يقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك على شئ لان التوفيق فيه أظهر لانه للحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أى لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدورى أنه يقبل أيضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق وقال فى النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل

(قوله وان كان موصولا صدق) والفرق أن فى قوله قبضت مالى عليه أو حقى عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال مائة الا درهما أما لو قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا فان قيل ينبغى أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع وصفة للدراهم واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار موصولا قلنا استثناء البناء من الدار انما لا يصح لان البناء دخل فى اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه مقصودا أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داخلا مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا كذا قيل وفيه نوع تأمل اه كاكى (قوله والستوقة ما يغلب عليه الغش) قال الكمال وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعنى ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهى شبه المموه اه (قوله فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك) أى حتى كان المراد أن يعود ويدعيه فلما لم تبطل بالرد بقى مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (قوله ولنا أن التوفيق ممكن) أى لانه يمكنه أن يقول لم يكن لك على شئ ولكن آذيتنى بخصومتك الباطلة فدفعت اليك ما تدعيه دفعا لأذاك اه كافى (قوله وكذا لو قال ليس لك على شئ) أى ثم أقام البينة على القضاء أو الابراء يقبل فيه البينة أيضا اه غاية (قوله لان التوفيق فيه أظهر) أى لانه يقول ليس لك على شئ فى الحال لانى قد قضيت حقك أو لانك أبرأتنى الا ترى انه لو صرح به يصح وهذا الان ليس لنفى الحال اه كافى

بينته وفى الكافى قيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن البائع أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل) أى يوجد المشترى بها عيبا فرده عليه فأقام البائع البينة أنه أبرأه من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو ينكر فأقام المدعى البينة على الشراء منه وأقام المنكر البينة أنه قد رد المبيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التأويل أو يقول أخذه منى ببينة كاذبة ثم استقلته منه فأقالنى ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسئلة الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر قال رحمه الله (و يبطل الصك بان شاء الله) أى يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب فى آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل على ما عرف فى موضعه ولو كتب فى آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب فما أدرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبى حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل و يبقى الدين على حاله اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة الا ترى أنه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه أو وكلائه وقال فى آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله وما ذكر امن العادة انما يجرى بان يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حال النطق ولان الاستثناء انما يكتب فى كتب الرسالة للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل ما يليه أيضا وفى الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك فى الكتاب لان العادة جرت بينهم أن يكتب فى أسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولى ما فيه أى وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت برضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضى فقد أسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لا يؤدى الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله أيضا وانما يفيد على قول ابن أبى ليلى فان عند أبى حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن أبى ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله (وان مات ذمى فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل فى الحوادث أن تضاف الى أقرب

(قوله وفى الكافى قيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات) أى لان الابراء يتحقق بلا معرفة اه كافى (قوله فى المتن ومن ادعى على آخر انه باعه أمته الخ) قال الاتقانى وهى من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافا بين أصحابنا وذكر الخصاف هذه المسئلة فى آخر أدب القاضى وأثبت فيها الخلاف فقال لا تقبل بينة البائع على البراءة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف تقبل اه (قوله وقالا ينصرف الى ما يليه) وقولهما استحسان كذا ذكر فى الشامل فى كتاب الاقرار من قسم المبسوط اه اتقانى (قوله فينصرف الى الكل) أى للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال (قوله فهو ولى ما فيه) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله متصلا بهذه الكتابة اه كمال وكتب أيضا ما نصه قال الكمال وقد أورد ان هذا الكلام يقتضى انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ و يلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة فى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من كتابته اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بأنه لا يقبل على قوله لان بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبى ليلى (قوله فى المتن وان مات ذمى الخ) ترجم هنا فى الهداية بفصل فى القضاء بالمواريث قال الاتقانى ذكر هذا الفصل فى آخر أبواب القضاء لان الموت آخر أحوال الانسان فى الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسبا اه (قوله فى المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) قال الكمال وكان الاولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم اه

(قوله فلنا سبب الحرمان ثابت) أى سبب حرمان المرأة وهو اسلامها من ميراث زوجها الذمى ثابت فى الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق اه (قوله فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر) هو استصحاب أعنى استصحاب الماضى للحال نعتبره للدفع وماذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضى للحال ومن الحال الى الماضى ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه بعدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه فى الحال فاذا كان منقطعا فى الحال فيعطف على الماضى لرفع أجرة استحقاق الماضى فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب (٣٠٠) أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كأخبار

أوفاته وأقرب أوقاته ما بعد الموت فتضاف اليه فلنا سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره للدفع وماذكره هو نعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالقول للورثة أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك وأما الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا فحاصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهى تدعى به الاستحقاق فى المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم فى المسئلتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان فى يد رجل عبد فقال رجل فقأت عينه وهو فى ملك البائع وقال المشترى فقأته وهو فى ملكى كان القول للمشترى فيأخذ أرشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستأجر فى جريان ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جاريا فى الحال يستحق الاجر بهذا الظاهر لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا فى الحال وأما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود فى الحال وكذا فى المسئلة الاولى السبب وهو ملك الرقبة موجود فى الحال بخلاف الزوجية فى مسئلة الميراث فانها ليست بموجودة فى الحال ومنها أن المرأة اذا ادعت أن زوجها أبانها فى المرض وصار فارا فترث وقالت الورثة أبانها فى الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى أقرب أوقاته لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق فى الصحة والاصل عدمه قال رحمه الله (وان قال المودع هذا ابن مودعى لا وارث له غيره دفع المال اليه) يعنى اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا أقر أنه ملك المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع فى العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل فى الوديعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لانه ساع فى نقض ما أوجبه وكان ينبغى له أن يسترد لان اقراره ليس بحجة فى حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وأنكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال فى النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لانه فى زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف فى اللقطة اذا أقر الملتقط أنها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصى الميت فصدقه مودع الميت أو غاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال

الآحاد فقد تثبت ما يوجب استحقاقها اه كمال وكتب ما نصه قوله كما فى جريان ماء الطاحونة اختلفا فى وجوب الاجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع فلا يجب الاجر وقال الآجر جار فيجب الاجر فلو كان الماء فى الحال جاريا كان القول للآجر ولو كان منقطعا كان القول للمستأجر وهذا حكم باستصحاب الحال فى حق ما مضى بخلاف المفقود فان هناك حكما باستصحاب الحال الماضى فى حق الحال فعلم ان العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال للماضى وتارة من الماضى الى الحال اه كاكى (قوله وأما الورثة فمرادهم الدفع) أى والاستصحاب يكفى لهم فى ذلك وهو استصحاب ما فى الماضى من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق اه كمال (قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه) أى لانه أقر بقيام حق المودع وملكه فى الوديعة الآن اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه أقر له بملكها فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفى فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ فى حق غيره أعنى المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة اه كمال (قوله اذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر اه كمال وقوله بأمثالها أى لا بأعيانها فكان اقراره على نفسه فصح اه غاية (قوله ولو دفع الى الوكيل فى الوديعة) يعنى لو دفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة اه (قوله ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت) قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع فى زعمه فهو كالو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع اه كمال

رحمه

(قوله كما اذا كان الاول ابنا الخ) قال الكمال وهل يضمن للابن الثانى قال فى غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثانى شيأ باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفى الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثانى الذى أقر له اذا دفع (٣٠١) الوديعة بغير قضاء القاضى

رحمه الله (وان قال لآخر هذا ابنه أيضا وكذبه الاول قضى للاول) يعنى قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للاول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الاول قضى بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغى أن يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم أقر بان القاضى المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضى على ما مر من قبل قلنا هنا أيضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضاء القاضى ذكره فى النهاية قال رحمه الله (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يأخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر فى كتاب القسمة إن شاء الله تعالى لهما ان القاضى ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له وارث أو غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتى بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة أو الآبق الى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولابى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى أن يعطى الكفيل كما اذا ثبت الشراء ممن هو فى يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه وهذا لان القاضى مأمور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره أرأيت أنه لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف فى الاصح إن كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما أثبت بينته حرم تأخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع اليه فى هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال إن القاضى يتلوم فى هذه الصور ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضى منع حق المستحق الى معنى آخر بعد ظهوره بيقين اشرعا لاجل موهوم غير ثابت ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم تكفيل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه فى التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد باتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز ألا ترى أن القاضى يطلب من الشهود أن يقولوا لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفى لا تجوز ولكنه يزداد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى رأى القاضى وقدره الطحاوى بالحول وقوله وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب وعلى أن أبا حنيفة رحمه الله برئ عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتى كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المأمور به وهو حجة فى حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وإن أخطأ الحق الذى هو عند الله تعالى فيكون كأنه أصاب الحق قال رحمه الله (ولو ادعى دارا إرثا لنفسه ولأخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى فقط) يعنى أخذ النصف الذى هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب فى يد ذى اليد ولا يستوثق من

وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى قول وفى قول لا يضمن لان اقراره الثانى صادف ملك الغير فلا يلزم منه شئ اه (قوله وهذا شئ احتاط به بعض القضاة) كأنه عنى به ابن أبى ليلى فانه كان يفعله بالكوفة اه كمال (قوله وقالا يأخذ الكفيل) أى لا يدفع اليهم حتى يكفلوا اه فتح (قوله قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد) أى حتى يثاب عليه وان وقع اجتهاده مخالفا للحق عند الله تعالى وقال محمد لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضى بينهما نفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى كذا فى التقويم (قوله فى المتن ولو ادعى دارا ارثا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى دار فى يدى رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان ولا وارث له غيرهما قال يقضى له القاضى بنصفها ويترك النصف الباقى فى يد الذى فى يده الدار ولا يستوثق منه بكفيل وقال أبو يوسف ومحمد اذا جحدها أخذها منه وجعلها فى يدى أمين حتى يقدم الغائب وان لم يكن جحدها ترك النصف فى يده حتى يقدم الغائب الآخر الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير قال فى المختلف قيل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف فى القضاء ولكن فى ترك نصيبه فى يدى ذى اليد الى هنا لفظ المختلف اه غاية

ذى اليد بكفيل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذى هو فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين وإن لم يجحد ترك فى يده لان الجاحد خائن فلا يترك فى يده إذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضى نصب ناظرا للغيب وليس فى تركه فى يده من النظر شئ لان البينة لا توجد فى كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الاخذ منه ووضعها فى يد عدل ولانه يخاف أن يتصرف فيه لان من يدعى أن الشئ له وهو فى يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقرا لان النظر فى تركه فى يده متعين ولابى حنيفة رحمه الله ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى أن يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدى من هى عنده فصار نظير ما لو عرف القاضى ملكا لانسان ثم رآه فى يد غيره فانه لا يأخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضاء وقع للميت مقصودا ولهذا اقضى على ذى اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة وتقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه وصاحب اليد مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى فالظاهر أنه لا يضر به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضى ومسجلة فى خريطة القاضى ولا يقال يحتمل أن يموت القاضى فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضى أو الشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى فى المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذى هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب لان له ولاية الحفظ عليه كالاب ذلك وكذا حكم وصى الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيملك ما يملكونه وقيل المنقول أيضا على الخلاف وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضى كان أمانة فكان الترك أبعد من التوى وإنما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيها انشاء خصومة والقاضى نصب لقطعها لا لانشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان أو عينا فيقوم مقام سائر الورثة فى ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبا لهم أيضا فى ضمنه وذكر فى الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المدعى فى يد الوارث الحاضر ولو كان البعض فى يده يتقدر بقدره لان دعوى العين لا تتوجه إلا على ذى اليد فلا يكون خصما عنهم إلا فى قدر ما فى يده بخلاف ما إذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله (ومن قال مالى أو ما أملك فى المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ومطلق المال فى باب الصدقات بإيجاب الله فينصرف الى البعض كما فى قوله تعالى وفى أموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والارث يجرى فى جميع الاموال فكذا هى ولان العادة أن الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهى السوائم والنقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصابا أو لم تبلغ قدر النصاب

(قوله بخلاف ما اذا كان مقرا) أى لانه أمين الميت فلا ينتزع من يده لعدم الفائدة لانه اذا أخذ منه توضع فى يد أمين آخر فاذا كان الذى فى يده المال أمينا لا يحتاج الى أمين آخر اه اتقانى (قوله وان كانت الدعوى فى المنقول الخ) قال الزاهد العتابى ولو كان عروضا يؤخذ من يده بالاجماع لان العروض يمكن تغييبه اه اتقانى (قوله ولهذا يملك الوصى) أى ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع أبلغ فى حفظه من تركه اه (قوله والقاضى نصب لقطعها لا لانشائها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة اه كمال (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضاء) أى ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن فى غيبته اه فتح (قوله بخلاف نفس الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه اه (قوله ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة اه غاية (قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل) أى بكل ماله سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اه (قوله وبه قال زفر) أى والبتى والنخعى والشافعى لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابى لبابة حين قال ان من توبتى ان أنخلع من مالى يجزيك الثلث اه كمال (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى) ألا ترى انه لو قال لله على اطعام ينصرف الى اطعام عشرة مساكين استدلالا بايجاب الله تعالى فكذا هنا اه كاكى

وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه الاراضى العشرية عند أبى يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة ألا ترى أن مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة ولهذا تجب فى أرض الصبى والمكاتب وفى أرض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر فى النهاية قول أبى حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال ذكره التمرتاشى معه ولا تدخل الارض الخراجية لانها تمحضت مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال فى قوله ما أملك أو جميع ما أملك فى المساكين صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وإنما القياس والاستحسان فى قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة لان الملك أعم من المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بأن قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد فى أحدهما واردا فى الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما فى المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما تجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب عسك من ذلك قدر قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة أن يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين فى المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدد لهم فى كل سنة وأهل الغلة فى كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرونها فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى أن يتجدد له حاصله قال رحمه الله (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيأ من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز فى الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة إلا أن أحدهما فى حالة الحياة والآخر بعد الممات وجه الاول أن الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية ألا ترى أن أبا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا أما الوكالة فاثبات ولاية التصرف فى ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لان الاذن مأخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله (ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) أى اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغيرا أو كبيرا لانه من المعاملات

(قوله لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها) ولذا قالوا لو نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعده الى أن يوفى اه كمال (قوله ويدخل فيه الاراضى العشرية) قال الكمال وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند أبى يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة فى العشر وروى ذلك عن أبى حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده اه (قوله بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصى شيأ من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما أن الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف كالارث فتثبت بلا علم والوكالة انابة فيشترط العلم كما فى اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم بالوكالة أيضا اعتبارا بالوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل انطلق واشتر عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمر المشترى بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا ذكرهنا ثم قال وذكر فى الزيادات وبعض رواية المأذون أنه لا يكون اذنا ما لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام المذكور فى باب ما لا يجوز فيه الوكالة من شرح الكافى اه قاله الاتقانى فى كتاب الوصية قال وقد مر تمام البيان فى كتاب أدب القاضى فى فصل القضاء بالمواريث اه وانظر ما ذكره فى المحيط فى كتاب الوكالة فى باب ما تقع به الوكالة وقد قال فيه فالحاصل أن الوكيل هل يصير وكيلا قبل العلم به فيه روايتان والوصى يصير وصيا بدون العلم اه (قوله فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث) يعنى لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه اه بدائع (قوله فى المتن ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) وقال الشافعى وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر

وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز قال رحمه الله (ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذى لم يهاجر) يعنى لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل الخ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يشترط فى الخبر بهذه الاشياء الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابى حنيفة رحمه الله أن فى هذه الاشياء الزاما من وجه فيشترط فيه أحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة بيان الالزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف ولا يلزمه شئ على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شئ وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففى كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد أو العدالة كما فى المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد بيناه فى النكاح وأما المسلم الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا فليبلغ الحديث وفى الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا أخبرها رسول الولى بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه وأما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهى العبد معتبر بنواهى الشرع فكما لا يثبت النهى فى الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهى العبد وهذا فى العزل القصدى وأما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله (ولو باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أى ضاع ثمن العبد فى يد البائع وهو القاضى أو أمينه لم يضمن القاضى ولا أمينه الثمن للمشترى لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع فى يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشترى لا يضمن القاضى ولا أمينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله (ورجع المشترى على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا أو صبيا محجورا عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله (وان أمر القاضى الوصى ببيعه فاستحق أومات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لان الوصى هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضى لان القاضى انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضى فصار كمن أوصى اليه الميت قال رحمه الله (وهو على الغرماء) أى رجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى فى المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضى أو أمينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصى كقبضه والاول أصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له

الواحد أصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير اه فتح (قوله وليس فيه الزام) فانه مختار فى القبول وعدمه فكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده (٢٠٤) وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقى ويشترى من الكافر اه فتح (قوله فى المتن ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين) قال الكمال وأجمعوا أن المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل اه (قوله الا التمييز) لانها من المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة ومجلس القضاء فيعتبر خبر الواحد عدلا كان أو لم يكن اه غاية (قوله فصار كالاخبار بالتوكيل الخ) ثم اثبات الوكالة يصح بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند أبى حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل قال فى شرح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجانى اذا أخبر بالجناية فباع أو أعتق هل يصير مختارا للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعدما أخبر بالبيع وكذا البكر اذا سكتت بعد ما أخبرت بانكاح الولى وكذا الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع وكذا العبد المأذون أخبر بالحجر فعند أبى حنيفة لابد من العدد أو العدالة حتى يصير المولى مختارا للفداء ويبطل حق الشفيع بالسكوت ويكون السكوت رضا فى البكر ويلزم الشرائع على الذى أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة اه اتقانى والحاصل أنهما يعتبران الانتهاء بالابتداء غاية (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى) قال الكمال فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك

كان

كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصى الميت وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشترى لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) قيده هنا بكونه عدلا عالما وفى الجامع الصغير لم يقيدهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة أولى الامر واجبة قال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وفى تصديقه طاعة ولانه أخبر عن أمر يملك انشاءه فى الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا تولى فى موضع واحد الا قاض واحد فى الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولى فى مكان قاضيان فعلم بذلك أن قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا يؤخذ بقوله الا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير معصوم عن الكذب والغلط الا فى كتاب القاضى الى القاضى لضرورة احياء الحقوق ولان الخيانة فى مثله قلما تقع وقال أبو منصور الماتريدى رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فان أحسن بأن ذكر شرائطه مثل أن يحكم بحد الزنا مثلا باقرار أو بينة فيأتى بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بأن أخل فى شرائطه من نصاب الشهادة أو التكرار فى الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا أن يعاين الحجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطا أو الخيانة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا وان لم يصدقه فلا يمين على القاضى لان اليمين تجب على الخصم والقاضى ليس بخصم وانما هو أمين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلما فالقول للقاضى) وكذا لو قال قضيت بقطع يدك فى حق اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه مال مقرا أنه فعله وهو قاض لان المقضى عليه لما أقر أنه فعله فى حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا يجب على القاضى فى ذلك يمين لانه ثبت أنه فعل ذلك فى حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضى لما ذكرنا ولو أقر الآخذ والقاطع بما أقر به القاضى لم يضمنا أيضا لان قول القاضى حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضى أيضا لانه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الائمة السرخسى اذا زعم المدعى أن القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة فى الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا فى جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل فى هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق فى الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيه فيصير مدعيا وكذا فى مسئلة الغلة لا يصدق فى الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التمليك ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهما أقرا بسبب

وهل يرجع بما ضمن للمشترى قال المصنف قالوا ويجوز أن يقال يرجع (٢٠٥) بالمائة التى غرمها أيضا بدينا لمائة ما ضمن للمشترى وفرضه مائة لانه لحقه ذلك فى أمر الميت وينبغى أن يكون هذا بالاتفاق أعنى جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخكتى لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت اه (قوله وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه) أى على الوارث اذا كان أهلا وان لم يكن أهلا نصب القاضى عنه من يقضى دينه اه ك (قوله وان كان عدلا جاهلا يستفسر) أى عن قضائه اه غاية (قوله لا يقبل قوله وان كان فاسقا) يعنى سواء كان عالما أو جاهلا فتشمل صورتين والاقسام على هذا أربعة عدل عالم لا يستفسر عدل جاهل يستفسر فاسق عالم فاسق جاهل لا يقبل قولهما الا ان عاين الحجة اه (قوله ولو أقر الآخذ والقاطع فى هذا الفصل) أراد بهذا الفصل ما اذا زعم المأخوذ منه أو المقطوعة يده أن الاخذ أو القطع وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد منهما أيضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب أن لا يضمنا أيضا كالقاضي قلنا هذه حجة عارضها ماهو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكن اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وماذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكها الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسائل الغلة على ماذكرنا ومن نظائر هذه المسائل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليه كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما أنه أسند الى حالة منافية للضمان وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شئ أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مخلص والله أعلم

كتاب الشهادة

(قوله ومن نظائر هذه المسائل مالو قال الوصي الخ) قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الوصايا في فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم واذا بلغ الصبي وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لانه أمين وان قال أنفقت مالك عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر واذا اختلفا في المدة فقال الوصي مات أبوك منذ عشر سنين وقال اليتيم مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ قال شمس الائمة السرخسي المذكور في الكتاب قول محمد أما على قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل احداها هذه والثانية اذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقا فأنفقت عليهم الى وقت كذا ثم ماتوا وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد ان القول قول الابن وقال أبو يوسف القول قول الوصي وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي والمسئلة الثالثة اذا ادعى الوصي أن غلاما للوصي أبق فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهما والابن ينكر الاباق كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن الا أن يأتي الوصي ببينة على ما ادعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال استأجرت رجلا ليرده فانه يكون مصدقا والمسئلة الرابعة اذا قال الوصي أديت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك وقال اليتيم انما مات أبي منذ خمس سنين كان القول قول الابن في قول محمد لان الوصي يدعي تاريخا سابقا وهو ينكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي لان اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل وان قال الوصي فرض القاضي لاخيك الزمن نفقة في مالك كل شهر كذا فأديت اليه لكل شهر منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي عند الكل ويكون ضامنا اه

﴿ كتاب الشهادة ﴾

قال الكمال الشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق باثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه وكتب مانصه قال الاتقاني ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لان القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه وقال الكمال يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة اه وكتب أيضا مانصه قال العيني ومعناها الحضور قال عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أي حضرها والشاهد أيضا يحضر القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ماذكره الشيخ بقوله وهي أي الشهادة اخبار بحق لشخص على غيره عن مشاهدة القضية التي يشهد بها بالتحقيق وعن عيان أي عن معاينة لتلك القضية والاشارة اليه بقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ثم أكد معنى الشهادة بقوله لا عن تخمين وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدر خمن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الاخبار لا يفيد التحقيق والتيقن فلا تجوز الشهادة بهما ثم أكد معنى العيان بقوله ولا عن حسبان بكسر الحاء من حسبته كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا أي ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذ وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر اذا عد وجعل الشارح هذا معنى لغويا للشهادة ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لان معناها اللغوي الحضور كما ذكرنا وهذا معناها الاصطلاحي وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق

قال رحمه الله (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان) هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ على المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يأبى أن تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله (وتلزم بطلب المدعي) أي يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشئ يكون أمرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان أداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا أسند الاثم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله أقوى من اسناده الى كله وقولهم أبصرته بعيني آكد من قولهم أبصرته واسناده الى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت فقالوا لا يأثم وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شئ من المركوب فأركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود وان كان يقدر وأركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه

وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشئ خارج عن ذاته كما عرف اه (قوله وركنها لفظ أشهد) وفي قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه فتح (قوله ولكن ترك ذلك بالنصوص) كقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظيره من الكتاب والسنة كثيرة اه (قوله في المتن وبلزم بطلب المدعي) قال الكمال وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار اه وكتب أيضا مانصه وقال الكمال وسببية الطلب تثبت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما ثبتت كيلا يفوت الحق اه (قوله وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم) قال الكمال وعن الفقيه أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله يرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة اه والوجه أن يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اه وكتب أيضا في المجتبى عن الفضل تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها والا لضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب الا أنه يجوز أخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم يتعين عندنا وبه قال الشافعي في قول وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه ويستحب الاشهاد في العقود الا في النكاح فانه يجب وفي الرجعة عند الشافعي وأحمد اه كاكي (قوله قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك) قال الكمال قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصر ان كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ من قبل ذلك يقبل وان صنعه لاجلهم لا يقبل وعن محمد لا يقبل فيهما وعن أبي يوسف يقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير اه

مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر أفضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل وان شاء أظهر لان فيه حسبة أيضا لان فيه ازالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الآية لان ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لاجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فلهذا حسن والاول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه لان المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس أحد الحقين على الآخر قال رحمه الله (و يقول في السرقة أخذ لا سرق) لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد أفضل على ما بينا وأمكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله أخذ لانه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوفاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء ولقوله عليه الصلاة والسلام ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه لان الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب اشاعة الفاحشة على المؤمنين عما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ توقف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق وأوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان أجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه أيضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه الا بعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا أن الشهود على الزنا اذا نقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبقية الحدود والقصاص رجلان) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل ثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل وهنا تقبل شهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فلو ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود

الرجال

(قوله ولقوله عليه السلام) أي من رواية أبي هريرة اه كمال (قوله من ستر على مسلم ستر) الذي في الفتح ستره الله وكتب أيضا قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم من ستر الخ رواه البخاري ومسلم اه فتح (قوله وان شاء أظهر لان فيه حسبة أيضا) قال في الهداية والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل اه قال الكاكي والحسبة ما ينتظر به الاجر في الآخرة وفي الصحاح احتسب بكذا أجرا عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب اه (قوله والاول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الاتقاني فان قلت كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الآية نزلت في المداينة في حقوق العباد لا في الحدود بدلالة الاحاديث التي رويناها آنفا اه (قوله وأمكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله أخذ) أي فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها اه كمال (قوله وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع) أي لان الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن ولبقية الحدود والقصاص رجلان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه (قوله والخليفتين من بعده) وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام

في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع اه فتح (قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء) وهو قول مالك والثوري اه (قوله وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة) قال الكمال وأما حكم البكارة فان ثم يدن أنه ابكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وأنكرت ترى النساء فان قلن هي بكر يخير

الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط أيضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله (وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه أن يشهد أربعة من النساء لان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيآن العدد والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما فبقي الآخر وهو العدد على حاله والحجة عليهما ما رويناه ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة لخفة النظر لان نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد أخف والاحوط الاثنان أو الاكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع وأما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من أمور الدين كشهادتها في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روى أن عمر وعليا رضي الله عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة أصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما ينبني عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبنى على الحرية والارث ولوجود أهلية القبول وهي تبنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل بها البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم أخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه ألا ترى أن النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به شيء وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله (ولا بد للكل لفظة الشهادة والعدالة) أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل

فان اختارت الفرقة فرق الحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء فان قلن هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة و يتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزمت المشتري اه (قوله وعندهما تقبل لان الاستهلال الخ) قال الكمال وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أرجح اه (قوله وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا) في المبسوط لو شهد بالولادة رجل بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها يقبل ان كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا يقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر أيضا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي اه كي وفتح

(قوله حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل الخ) وذلك وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند الخصاف للاحتمال اه كمال (قوله والعدالة هي المعينة للصدق) فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس (٣١٠) المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به اه فتح (قوله اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة) قال الكمال الآن القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا اه (قوله وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس الخ) كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم اه فتح (قوله مكفهر) أي شديد العبوسة اه (قوله وهذا عند أبي يوسف ومحمد) ومذهب الشافعي كقولهما اه غاية (قوله الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية) أي ويستقصي درءا للحد لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات اه (قوله فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع الخ) ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأول من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على ظاهر عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله كالشفيع يستحق الشفعة الخ) أما لو جحد المشتري ملكية الدار التي يشفع بها الشفيع فلابد من اقامة البينة خلافا لزفر والمسئلة مشهورة اه (قوله لانه لا يطعنه كذبا ظاهرا فتقابل الظاهران) أي وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب ظاهرا بالظاهر فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال ترجيحا لاحد الظاهرين على الآخر وهنا كمدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي اقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم فحينئذ يلزمه اقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر للالزام اه

حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد فلا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذلك الايمان يجوز بأي لفظ كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم ثم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة تترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أوجب التوقف في خبره لتهمته قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروأة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروأته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول أصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكرامه قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا بالفسق فلا مروأة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لابد منه قال رحمه الله (ويسأل عن الشهود سرا وعلانية في سائر الحقوق) وهذا عند أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لخفائها ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يدرآن بالشبهة ويحتال لاسقاطهما فيستقصي فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا ولهما ان القضاء ينبني على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان) وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل انه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا بالقرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنا لما قطعنا بغلبة الفسق وقد قطعنا بان من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه ولم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة للعدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب الى معارض اه كمال (قوله وهي الرقعة الى المعدل) وسميت بها لسترها (٣١١) عن نظر العوام اه غاية (قوله ولابد في التعديل في العلانية الخ) قال الاتقاني وصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل الشاهد الذي عدله هذا الذي عدلته اه ﴿فرع﴾ اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طالت فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر كذا قال الكمال رحمه الله في فتح القدير وسيأتي هذا الفرع اه ﴿فرع﴾ لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه كمال قال في فتاوى قاضيخان في أوائل كتاب الشهادة الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر فيه التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض الى رأي القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدالته والمعدل اذا قال للشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اه (قوله لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم) أي والنسبة والصفة فيجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا للشركة اه اتقاني (قوله ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا) أول من سأل في السر القاضي شريح فقيل له أحدثت يا أبا أمية فقال أحدثتم فأحدثنا اه كفاية (قوله وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة) وذلك لان الشهود يقابلون المزكي اذا جرحهم بالاذى وتقع بينهم وبينه العداوة اه غاية (قوله والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل) والاول أحوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا تجوز شهادته اه غاية (قوله في المتن وتعديل الخصم الخ) قال الكمال ثم قال أبو حنيفة تفريعا على قول من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلوناها والحديث الذي رويناه يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السر أن يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه وأصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولابد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكر في الجامع أن الناس أحرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان أبا الحسن ذكر في مختصره أن الناس أحرار الا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد أو قال القاذف المقذوف عبد أو قال الشاج المشجوج عبد أو قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم بكونهم من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل على ما بينا قال رحمه الله (وتعديل الخصم لا يصح)

معدلا لان العدالة في المزكى شرط بالاجماع اه (قوله هكذا قال أبو حنيفة) أى قال أبو حنيفة فى الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من يرى أن يسأل القاضى عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة حيث قال أبو حنيفة ثمة أيضا على قول من يجيزها وذلك لان من أصل أبى حنيفة أن القاضى لا يسأل عن الشهود فى غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا اذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفى بذلك حتى يسأل غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على الشهادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة أنه قال فى قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره فى شرح الجامع الصغير وهذا اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال هم عدول صدقوا فى شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقضى عليه اه اتقانى (قوله ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ) وعن محمد أن القاضى يسأل المدعى عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فان قال بحق (٢١٢) فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ اه كاكى ﴿فرع﴾ ولو جرح الشهود واحد وعدلهم اثنان قبلت شهادتهم لان العدالة تثبت بحجة راجحة ولو جرحهم اثنان وعدلهم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لان الثلاث والمثنى فى الشهادة سواء فاستوى المعدل والجارح فرجح الجرح لان المعدل وقف على ظاهر الحال والجارح وقف على الباطن وهو شئ لم يعرفه المعدل فالجارحان يثبتان شيأ لم يعرفه المعدلون والشهادة للاثبات اه من الواقعات لحسام الدين البخارى (قوله فى المتن والواحد يكفى للتزكية والرسالة والترجمة) قال فى خلاصة الفتاوى والترجمان اذا كان أعمى فعن أبى حنيفة لا يجوز وعن أبى يوسف أنه يجوز اه غاية وقال الكمال فى باب من تقبل شهادته عند قوله ولا تقبل شهادة الاعمى ويقبل أى الاعمى فى الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقد كتبت عبارته بكمالها هناك والله أعلم (قوله حتى يجوز تزكية العبد والمرأة) قال الكمال وعن ابن سماعة عن أبى حنيفة يجوز فى تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز فى تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظ الشهادة فقط اه (قوله وقال محمد يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة) قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة فى حق العدد قال المشايخ يجب عنده اشتراط أربعة من المزكين فى شهود الزنا اه قال فى الواقعات لحسام الدين رجل صحب رجلا فى حضره وسفره ولم يرمنه الا الصلاح والخير لا يسعه أن يزكيه ما لم يصحبه ستة أشهر وهو قول أبى يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه فان عرفه بالعدالة عدله وان عرفه ثم تطاولت المدة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة وحد التطاول سنة أو ستة أشهر اه (قوله لان التزكية فى معنى الشهادة) أى ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اه اتقانى (قوله وجاز تزكية الخ) أى فى تزكية السر قال الاتقانى وتعديل العبد لمولاه والابن للاب فى السر يصح عند أبى حنيفة وأبى يوسف والصبى أهل لتعديل السر وكذا كل من لا تقبل شهادته اه وقال الشارح رحمه الله وهذا الذى ذكرناه كله فى تزكية السر اه قال فى الخلاصة شرط الخصاف أن

هكذا قال أبو حنيفة رحمه الله يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبى يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز اذا كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه على ما يجىء من قريب والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا قال رحمه الله (والواحد يكفى للتزكية والرسالة والترجمة) لان التزكية من أمور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف اذا تاب لان خبرهؤلاء مقبول فى الامور الدينية ألا ترى أن روايتهم فى الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان وفى غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة لان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط فى الشهادة ولهما انه ليس فى معنى الشهادة وانما هو فى معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين الآخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس واشتراط العدد فى الشهادة أمر تعبدى ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق فى حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما فى رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا يرجح بكثرة الرواة ما لم تبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد فى الشهادة ولكن تركناه بالنص فبقى

يكون المزكى فى العلانية غير المزكى فى السر أما عندنا فالذى يزكيهم فى السر يزكيهم فى العلانية اه غاية (قوله وقالوا تشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية شهود الحد بالاجماع) قال فى الهداية ويشترط الذكورة فى المزكى فى الحدود قال الاتقانى يعنى بالاجماع وكذا فى القصاص ذكره فى المختلف فى كتاب الشهادات فى باب محمد وذكر فى المختلف والحصر فى كتاب الحدود من باب أبى حنيفة تشترط الذكورة فى المزكى عند أبى حنيفة خلافا لهما اه وقوله بالاجماع أى المحكى فيه الاجماع كما ذكر عن المختلف انما هو الذكورة وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به فى الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبى وكذا ذكره الشارح نفسه فى قول محمد وحده اه (قوله والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى) الظاهر أى المزكى ينظر فى الا كل وكتب ما نصه قال فى الهداية واذا كان رسول القاضى الذى يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع الصغير وأرادوا بالرسول المزكى وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضى الى المزكى ورسول المزكى الى القاضى يخبره عن حال الشهود اه وقال الكمال والمراد من رسول القاضى المزكى وهو المسئول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسئل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل أنه يكتفى بالواحد فى التزكية وكذا فى الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضى وكذا فى الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبى حنيفة وأبى يوسف وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية اه (٢١٣) (قوله وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط فى الشهادة) قال الكمال فهذا الخلاف فى تزكية السر فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف اه وكتب ما نصه قال الاتقانى قال فى الفتاوى الصغرى فى مسائل الجرح والتعديل الخلاف فى عدد المزكى فى تزكية السر وأما فى تزكية العلانية فشرط بالاجماع ثم قال أهلية الشهادة فى تزكية السر ليس بشرط وفى الترجمة شرط اه (قوله فى المتن وله أن يشهد بما سمع الخ) قال الكمال قوله وما يتحمله على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه أى يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والاقرار والطلاق وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففى الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقول ثم قال الكمال ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل اه (قوله وهو الشرط) أى العلم الموجب هو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه اه (قوله لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) بيانه ان الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة يدل عليه الاجماع أيضا اه اتقانى (قوله فاشهد والا فدع) فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما تسمعه منى ثم قال بحضرته لرجل لك على كذا أو غير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفى الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشترى الثانى عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب فى الحال اه فتح (قوله ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا)

ماوراءها على الاصل وفى المحيط أجاز تزكية الصبى وقالوا تشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذى ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط فى الكل اثنان وينبغى للقاضى أن يختار فى المسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن فى جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذى ذكرناه كله فى تزكية السر وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغيرذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانها تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله (وله أن يشهد بما سمع أو رأى فى مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه) أى يجوز له أن يشهد فى كل ما يثبت بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعى اليه لما تلونا ورويناه وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول أشهد بأنه باع أو أقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد ظاهر واذا كان بالتعاطى فكذلك لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع حقيقى ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا وكذا فى الاقرار يقول أشهد أن فلانا أقر بكذا لفلان ولا يقول أشهدنى لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب

ولا تجوز شهادة الكاذب اه غاية (قوله وينبغي للقاضي اذا فسره له) أي بأن قال اني أشهد بالسماع من وراء الحجاب اه (قوله وقالوا اذا سمع الخ) رجلان شهدا على اقرار امرأة لرجل بألف درهم أو غيره وشهدا أن رجلين سواهما فلان وفلان أشهداهما انها فلانة بنت فلان الفلاني قال أبو حنيفة رحمه الله لا أجيز ذلك وذكر في العيون انه لا يجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد جماعة انها فلانة بنت فلان الفلاني وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يجوز ذلك وقال الفقيه أبو الليث اذا سمعوا صوت امرأة من وراء الحجاب أو رأوا شخصها وشهد عندهم رجلان عدلان أنها فلانة جاز لهم أن يشهدوا على اقرارها وان لم يروا وجهها وأما اذا لم يروا شخصها لا يحل لهم أن يشهدوا على اقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث وذكر عن نصير بن يحيى أن ابنا لمحمد بن الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبو سليمان عن هذه المسئلة قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يجوز له أن يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة انها فلانة وكان أبو يوسف وأبو بكر الاسكاف يقولان يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وعليه الفتوى اه قاضيخان رحمه الله **(٣١٤)**

لا يسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسره له أن لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير ألا ترى أن الشهادة بالتسامع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة الا بأمره فلا يسعه أن يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع أن يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف مالم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا) أي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة ولا أن يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور وهذا لان فائدة الكتاب أن يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوي أن يعمل بدلالة الظاهر وكذا القاضي أن يحكم بالشهادة وأن يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه مالم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل أحوال الناس ولان سجله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في أيديهم فيؤمن التزوير أيضا بخلاف كتابة الشهادة لان

(قوله لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار) شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهد في فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول اشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الاسلام وأصله أن الشهادة على الشهادة تحميل وتوكيل فلا تصح من غير تحميل اه اتقاني (قوله لا يسع السامع أن يشهد على شهادته) وهو بخلاف القاضي اذا أشهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من غير اشهاد اه اتقاني وكتب على قوله في الحاشية الصك بخلاف القاضي اذا أشهد الخ ما نصه قال الكاكي رحمه الله بخلاف ما لو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لان قضاء القاضي حجة ملزمة ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كما لو عاين الاقرار والبيع أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضيخان وفي هذا التعليل اشارة الى أنه اذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز اه (قوله لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة) أي التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي له ولم يذكر خلافا اه كمال (قوله وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب) قال في الخلاصة ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعا لم تتداوله الايدي ولم يكن في يد صاحبه من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه فان لم يكن كذلك لا يسعه أن يشهد اه

(قوله ولو نسي القاضي قضاءه الخ) قال الكمال ولو نسي القاضي قضاءه ولا سجل له فشهد عنده شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على فلان فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى اه (قوله ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد) بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة خلافا لهما اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد بما لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اه كمال (قوله فله أن يشهد بها اذا أخبره بها من يثق به) من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين اه كمال **(٣١٥)** (قوله والقياس أن لا يجوز لان الشهادة لا تجوز) أي لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل اه هداية (قوله وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي بن أبي طالب) واسمها أم كلثوم على أربعين ألف درهم ذكره الشارح في آخر باب الاولياء في كتاب النكاح اه وقوله بنت علي أي من فاطمة (قوله وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة) قال الاتقاني رحمه الله ذكر القاضي الامام ظهير الدين في نكاح فتاواه والصحيح أن الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد اه وكتب أيضا قال الكمال وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار اه فقوله وهو المختار مخالف لما ذكره الاتقاني من التصحيح اه وقوله يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط

الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بأنه قضى بكذا فعلى الخلاف المذكور وقيل عند أبي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو أخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه فعند أبي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له أن يعمل به وعند محمد رحمه الله أن يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد قال رحمه الله (ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها اذا أخبره بها من يثق به) والقياس أن لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لان حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا الوجه القاضي لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس وتتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وأمثالها لانها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة ألا ترى أنا نشهد أن عليا رضي الله تعالى عنه تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه تزوج بنت علي بن أبي طالب ولو تعلقت بحقيقة علم النسب أدى الى عدم الشهادة بها أصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفى في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له أن يشهد بهذه بالتواتر أو باخبار من يثق به وان رأى امرأة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وان لم يعاين العقد النكاح وكذا اذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد انه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد وأراد أن يشهدوه عند الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولو شهد أنه حضر دفنه

العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح اه هداية (قوله ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة) قال الكمال ويشترط كون الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظة الشهادة بالاتفاق اه (قوله ولو لم يحضر الموت الخ) قال الكمال فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته ودفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع ممن شهد بذلك اه

(قوله وقوله وأصل الوقف) قبول شهادة التسامع فى أصل الوقف هو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اه شرح المجمع للمصنف فى كتاب الوقف (قوله يحترز به من شرائطه) قال الكمال وليس معنى الشروط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا الكذا والباقى كذا وكذا وفى الفتاوى الصغرى فى الفصل الثانى من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغى أن يقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف (قوله فى المتن ومن فى يده شئ سوى الرقيق لك أن تشهد الخ) قال الامام قاضيخان رحمه الله فى فتاواه فى كتاب الشهادات فى فصل فى الشاهد يشهد بعد ما أخبر بزوال الحق وفى المنتقى اذا رأيت فى يد رجل متاعا أو دارا ووقع فى قلبك أنه له ثم رأيت بعد ذلك أنه فى يد غيره وسعك أن تشهد أنه للاول وان لم يقع فى قلبك حين رأيته أنه للاول لم يسع أن تشهد له برؤيتك اياه فى يده وان رأيته فى يده فوقع فى قلبك أنه له ثم رأيته فى يد غيره فأردت أن تشهد أنه له فشهد عندك شاهدا عدل أن الذى فى يده اليوم كان هو أودعه للاول بحضرتهما لم يسعك أن تشهد أنه للاول فان شهد به عدل واحد وسعك أن تشهد أنه للاول قال لان عند شهادة الشاهدين يقع فى قلبه أنه ليس للاول فلا يحل أن يشهد أنه للاول بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان بشهادة الواحد لا يزول ما كان فى قلبك أنه للاول فلا يحل لك أن تمتنع عن الشهادة الا أن يقع فى قلبك أن هذا الواحد صادق فاذا وقع فى قلبك ذلك لا يحل لك أن تشهد أنه للاول وذكر فى المنتقى أنه اذا رأى شيأ فى يد انسان ووقع فى قلبه أنه له حل له أن يشهد بأنه له وذكر فى الجامع الصغير اذا رأى متاعا أو دارا فى يد انسان ثم رآه فى يد غيره حل له أن يشهد أنه للاول ولم يذكر وقع فى قلبه أنه له ولم يذكر التصرف مع اليد والصحيح ماذكر فى المنتقى لان اليد محتملة وكذا التصرف فلا يحل له أن يشهد ما لم يقع فى قلبه أنه له اه وكتب أيضا قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه فى كتاب الدعوى واذا ادعى المدعى دارا وشهد شهوده أن فلانا وهبها له وقبضها أو باعها منه ولا يحتاجان الى أن يقولا باع وهو يملكه فى قول أبى حنيفة لان شهادتهم بقبض المدعى الدار من الواهب والبائع شهادة منهم ان الدار كانت فى يد الواهب والبائع فيما مضى ولو شهدوا أن فلانا وهب الدار من المدعى والدار كانت فى يده يوم الهبة أو باع والدار كانت فى يده يوم البيع تقبل البينة ويقضى بها للمدعى لانهم ان لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نصا فقد شهدوا له بالملك حكما لان الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك حكما لان الاملاك لا تعرف الا بها ولهذا قالوا من رأى عينا فى يد انسان لا يحل له أن يشهد بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف الملاك حل له أن يشهد بالملك لهذا اه

فهو معاينة وقوله وأصل الوقف يحترز به من شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغينانى رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا فى شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه الاشياء ينفى اعتبار التسامع فى الولاء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العتق يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى عليه وذكر شمس الائمة السرخسى ان الشهادة بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلوانى رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغى أن لا يفسر أنه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبل كمعاينة شئ فى يد انسان يطلق له الشهادة واذا فسر لا تقبل قال رحمه الله (ومن فى يده شئ سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له) لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل بمعرفة الملك فى حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما فى الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره وذلك راجع الى اليد لان المملك يثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشترى فثبت بهذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدى الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابه مفتوح وهى مشروعة فما يؤدى الى انتفائها فهو المنتفى وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما تلونا ورويناه ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل وليس فى آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له قالوا يحتمل أن يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد أنه له وقال الشافعى رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا عبرة الا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متنوع الى وكالة وأصالة وشرط التيقن التصرف مع اليد وان يقع فى قلبه انه له لان الاصل فى الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعى متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها وكينونتها فى يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضى له القاضى باليد قضاء ترك ثم المسئلة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والملك بأن

(قوله جازله أن يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده) وظهر أن المراد بالملك المملوك اه فتح (قوله حل له أن يشهد استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الجهالة فى المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا فى المشهود له اه فتح (قوله لا يحل له أن يشهد الخ) لانه مجازف فى هذه الشهادة اه فتح (قوله فى المتن وان فسر للقاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل) قال قاضيخان فى فتاواه ولو شهدوا بالملك وقالوا شهدنا لانا رأيناه فى يده لا تقبل شهادتهم اه

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

لما ذكر ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع الا أنه قدم الاول لان المحل شرط والشرط مقدم كالطهارة فى الصلاة اه اتقانى وكتب ما نصه قال الكمال وأخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة اه (قوله فى المتن ولا تقبل شهادة الاعمى) أى مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز اه فتح وكتب ما نصه قال الاتقانى اعلم أن شهادة الاعمى لا تجوز عند أبى حنيفة سواء كان بصيرا عند تحمل الشهادة أعمى عند الاداء أو أعمى فى الحالين وقال أبو يوسف اذا كان بصيرا عند التحمل أعمى عند الشهادة تقبل شهادته فى غير الحدود والقصاص وهو قول مالك والشافعى وابن أبى ليلى كذا ذكر الخلاف فى المختصر والحصر وكذا ذكر خلاف أبى يوسف فى أدب القاضى وفى الاسرار ولكن ذكر شمس الائمة فى شرح أدب القاضى خلاف أبى يوسف كذلك وذكر قول محمد مع أبى يوسف ولم يذكر القدورى خلاف أبى يوسف بل ذكر المسئلة بلا خلاف كما ترى ولكن قال فى الكتاب المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة ومحمد وزفر اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمى لم تقبل شهادته وقال أبو يوسف تقبل الى هنا

عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة أحد ثم رآه فى يد غيره بعد جازله أن يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده والثانى أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب اليه الملك وادعى أن المحدود ملكه على شخص حل له أن يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة فى قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى أنه لا يجوز له أن يشهد فى الرقيق اذا رآه فى يده لان الرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى أنه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر أيضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفى الكافى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز له أن يشهد فى الرقيق أيضا وفى الهداية جعل ذلك عن أبى حنيفة رحمه الله ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا ترى أن من ادعى رقيقا فى يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذى اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه أو كان معروفا بالرق جازله الشهادة بالملك اذا رآه فى يده لان الرقيق أو الصغير الذى لا يعبر عن نفسه يكون فى يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال رحمه الله (وان فسر للقاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل) أى فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده لان التسامع أو الرؤية فى اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه أما اذا كانت عن تسامع أو رؤية فى يده فلا يرتبه على فلا يجوز له أن يحكم بها الا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه فى يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغى أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا فى المواضع التى تقدم ذكرها للضرورة التى ذكرناها وبقى القضاء على أصل القياس قال رحمه الله (وان شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبل) لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله أعلم

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع وهو رواية

عن أبي حنيفة رحمه الله لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة أيضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة فصار كما اذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها قال رحمه الله (والمملوك والصبي) لان الشهادة من باب الولاية لما فيها من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله (الا أن يتحملا في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ) لانهما أهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما أهل للشهادة قال رحمه الله (والمحدود في قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار فهو منصرف الى جميع ما تقدم ولان هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل اذا أسلم تقبل شهادته فهذا أولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن تكون اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مطهر أيضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا ووجهه

لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الاعمى في النسب لان ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه الى نظر ومعاينة كذا في التقريب وقال في الاسرار وعند زفر يجوز شهادة الاعمى فيما يجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الاسرار اه ﴿فرع لطيف﴾ قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي ما نصه ولو شهد ذمي على ذمي ولم ينفذها الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضاء بها وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وان أسلم المشهود عليه بعد الحكم فالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كلها الا الحدود لان الامضاء في باب الحدود من القضاء فصار الاسلام قبل الامضاء كالاسلام قبل القضاء وكذا القصاص في النفس وفيما دون النفس لا ينفذ القاضي استحسانا لما قلنا وقد ذكر الولوالجي بعد هذا فوائد جمة فلتستطر ثمة اه قال الولوالجي قبيل الفصل الرابع من كتاب الشهادات نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت لان الامضاء من القضاء في العقوبات اه (قوله وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط الخ) قال الاتقاني اعلم أن الشاهد اذا عمي أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا ذكر الخصاف اختلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الاسرار ووجه قول أبي يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كالموت الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جنا أو عميا بعد الحكم بها اه وكتب ما نصه قال الكاكي رحمه الله في المبسوط لا تجوز شهادة الاخرس لان الاداء مختص بلفظ الشهادة باجماع الفقهاء حتى لو قال أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظة الشهادة لا تتحقق من الاخرس وبه قال الشافعي في قول ومالك وأحمد وقال الشافعي في الاصح تقبل شهادته اذا كان له اشارة مفهومة لان اشارته حينئذ كترجمة لفظ الشهادة بلسان آخر وقلنا في اشارته تهمة ويمكن التحرز عنها بجنس الشهود كما في الاعمى اه (قوله في المتن والمملوك والصبي) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والاسلام تقبل لان المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل لان المردود شهادة فيكون فيه نقض قضاء قد أمضي بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الابانة لا تقبل ولو شهد المولى لعبده ثم أعادها بعد العتق كذلك ولو شهد لمولاه بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز الى ما ذكره في الشامل اه اتقاني وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي ولو كانت عند الذمي شهادة على المسلم فأسلم الذمي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الاسلام شرط لاهلية الاداء فيراعى وقت الاداء اذا وجد اه

ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون رد الما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجلد المتقدمة وهي حد فيكون هذا أيضا من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها الان ما قبلها حدود ولهذا أمر الائمة به وقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قائم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الائمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى انه لا يصلح جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعا للآلة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف ألا ترى ان كلها جمل انشائية فيتوقف كلها على آخرها حتى اذا وجد المغير في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جائز أن يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو أقام أربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال رحمه الله (الا أن يحد الكافر في قذف ثم أسلم) فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه ألا ترى أن المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الأولى لا ترتد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم أعتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البينة على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد ففي الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الأخير لما عرف في موضعه وعنه أنه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه انها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر وروى عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للآخر والسيد لعبده ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز أداء بعضهم الزكاة الى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

(قوله لاجل انه حد الخ) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنايات سوى المحدود في القذف تقبل اذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف اذا تاب حيث لا تقبل والفرق ان رد الشهادة لهؤلاء كان لاجل الفسق وبالتوبة يرتفع الفسق أما شهادة المحدود في القذف انما لا تقبل لانه من تمام الحد وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا ما هو من تمامه اه ولوالجي في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي (قوله بعد التوبة) زائد مفسد كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله وقد شطب في نسخته على قوله بعد التوبة وقد شاهدته ثابتا في خط الشارح رحمه الله قال في الدراية ما نصه وفي المبسوط والصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته اه وهو كما ترى يؤيد ما قاله قارئ الهداية اه (قوله في المتن الا أن يحد الكافر في قذف) اعلم أن الذمي اذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل الذمة ثم اذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الاسلام جميعا اه غاية (قوله ولا الاجير لمن استأجره) قال قاضيخان رحمه الله في فتاواه اذا شهد الاجير لاستاذه بشيء اختلفت الروايات فيه ذكر في كتاب الكفالة انه لا يجوز وذكر في الديات أجير القاتل اذا شهد على ولي القتيل بالعفو جازت شهادته وذكر الخصاف ان شهادة الاجير لاستاذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا ان كان الاجير مشتركا تجوز شهادته في الروايات كلها وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه وان كان أجير وحد مشاهرة أو مسانهة أو مياومة لا تقبل شهادته لاستاذه لا في تجارته ولا في شيء آخر وما ذكر في الكفالة محمول على هذا كذا ذكر الناطفي والامام الصدر الشهيد ووجهه ظاهر لان أجير الوحد

فرق بين ان يكون على العبد دين أولم يكن لانه حقا فى ماله كيفما كان والمراد بالاجير فى الحديث التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لاشهادة للقانع بأهل البيت وأصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه أجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا شهد له فى مدة الاجارة يكون كانه شهد له بأجر ومالك رحمه الله يخالفنا فى قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعى رحمه الله تعالى يخالفنا فى الزوجين فيقول لاقرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا التنافر والعداوة وقد تكون سببا الميل والايثار فصارت نظيرا الاخوة ولهذا يجرى القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا مارو ينا من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد أحدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى أى بمال خديجة فاذا كان هذا فى الزوجين ففى الولاد أولى وروى أن الحسن بن على رضى الله تعالى عنهما شهد لعلى مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلى ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن أومكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده فى الرزقة ومثل هذا لا يقدح فى العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه فى البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل فى نصيبه بطل فى نصيب شريكه أيضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزأ ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال فى النهاية هذا فى حق الشريك شركة عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا فى الحدود والقصاص والنكاح لان ماعداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لايدخل فى الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لاتبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والمخنث) أى لاتقبل شهادته وهو الذى فى كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفى عرف الناس هو الذى يباشر الردىء من الافعال ويلين كلامه عمدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات

يستحق الاجر بمضى الزمان واذا كان يستوجب الاجر لزمان أداء الشهادة كان متهما فيما شهد أما الاجير المشترك فلا يستوجب الاجر الا بالعمل الذى عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادة أجرا انتفت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اه (قوله وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه أجير خاص) قال فى خلاصة الفتاوى ولا تجوز شهادة الاجير لاستاذه أراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة أما الاجير المشترك اذا شهد للمستأجر تقبل وأما الاجير الوحد وهو الذى استأجر مياومة أومشاهرة أومسانهة بأجرة معلومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للمستأجر ولهذا لا يجوز له أن يؤاجر نفسه من آخر فى تلك المدة فلو جازت شهادته للمستأجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك لان شهادته من جملة منافعه وهى مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله فى المتن فيصير كالمستأجر عليها أى على الشهادة وقال الفقيه أبو الليث فى كتاب العيون قال محمد فى رجل استأجر يوما واحدا لم يكتب المحشى (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال الكاكى ما وجدته فى الكتب المشهورة لاصحاب مالك اه وقال ابن أبى ليلى والثورى والنخعى لاتقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا فى ماله لوجوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اه قاله الكاكى اه وبقولنا قال مالك وأحمد اه (قوله ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس) قال فى فتاوى قاضيخان وتجوز شهادة رب الدين لمديونه بما هو من جنس دينه كذا ذكره فى الوكالة والجامع ولو شهد لمديونه بعد موته بمال لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المديون فى حياته ويتعلق بعد وفاته اه (قوله قنبر) قنبر عتيق لعلى كرم الله وجهه وهو بفتح القاف والباء وأما جد سيبويه فبضم القاف وفتح الباء فسيبويه هو عمرو بن عثمان بن قنبر اه (قوله قال أما سمعت) أى قال على اه وكتب ما نصه وكان من رأى على رضى الله عنه قبول شهادة الولد لوالده اه (قوله الرزقة) قال الصغانى فى مجمع البحرين والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجمع الرزقات وهى أطماع الجند وارتزق الجند أى أخذوا أرزاقهم اه قوله وهى اطماع الجند قال فى مجمع البحرين فى باب العين والطمع رزق الجند ويقال أمر لهم الامير باطماعهم أى بأرزاقهم اه (قوله وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا فى الحدود الخ) قال الاتقانى قال فى الشامل فى قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وان كان عدلا فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض أيضا فى تجارته اه وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اه (قوله ولا يدخل فيه العقار ولا العروض) قلت قد قال فيما هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عروض وعقار اشتريا من مال الشركة اه كذا نقلته من خط قارئ الهداية اه

من النساء وأما اذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله (والنائحة والمغنية) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة أطلقه فى حق المرأة ولم يقيده بكونها تغنى للناس وقيده به فى حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام فى حقها بخلاف الرجل على ما نبين قالوا المراد بالنائحة هى التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع فى المال وتجعله مكسبة أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال رحمه الله (والعدو إن كانت عداوته دنيوية) لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه أما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذى يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال رحمه الله (ومدمن الشرب على اللهو) أى مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفى الكافى قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروءة له ولا يحترز عن الكذب عادة وقال فى النهاية اطلاق الشرب على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط فى الخمر أيضا فى حق سقوط العدالة وذكر فى فتاوى قاضيخان لاتقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر فى الكافى وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة لاتجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان فى الشرب وانما أراد به الادمان فى النية يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم فى سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم فى الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لاتقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال رحمه الله (ومن يلعب بالطنبور) لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو أيضا مثله ويورث الغفلة أيضا وقد قال عليه الصلاة والسلام ما أنا من دد ولا الدد منى ولان الغالب فيه أن يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى

(قوله فى المتن والنائحة) ليس بثابت فى خط الشارح رحمه الله وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة) وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم أن التغنى للهو أولجمع المال حرام بلا خلاف والنوح كذلك خصوصا اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام بلا خلاف وفى الذخيرة ولم يرد بالنائحة التى تنوح فى مصيبتها وانما أراد التى تنوح فى مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة اه (قوله فى المتن والعدو ان كانت عداوته دنيوية) قال فى خزانة المفتين ولا شهادة العدو ان كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل ان كانت بسبب الدين (الخ) والعدو من يفرح بحزنه و يحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف اه وكتب ما نصه قال الماوردى فى الاحكام السلطانية و يشهد لعدوه ولا يشهد عليه و يحكم لعدوه و يحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه فى الحكم وتوجهت عليه فى الشهادة اه ﴿فرع﴾ ولا تقبل شهادة المجازف فى كلامه وحكى أن الفضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند أبى يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لانى سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا لم يبال فى مجلسك بالكذب فلا يبالى فى مجلسى أيضا فعذره الخليفة اه كاكى ستأتى هذه الحكاية فى كلام الشارح عند قوله والعمال (قوله فى المتن ومدمن الشرب على اللهو) قال الاتقانى رحمه الله ونقل الناطفى فى تهذيب أدب القاضى عن الخصاف فقال ولا تقبل شهادة قطاع الطريق واللصوص وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر ومن يسكر من النبيذ لان هؤلاء فساق ولم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الادمان كما ترى ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط شهادات الادمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفائدته انه اذا شرب فى السر لا تسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم يدم عليه فهو تائب نادم اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فاما من أدمن الشرب على غير لهو ولم يسكر وهو لا يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لأنه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا ترك المروءة اه وكتب أيضا ما نصه قال الخبازى فى حواشى الهداية وانما أراد به غير شارب الخمر لان شارب الخمر مردود الشهادة على كل حال فلا حاجة الى ابطال شهادته الى شربها على اللهو اه (قوله ليتناول) الذى بخط الشارح ليساق جميع الاشربة اه (قوله وكذلك من يجلس مجالس الفجور الخ) وقال الناطفى أيضا ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته اه اتقانى (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم ما أنا من دد ولا الدد منى) الدد اللهو واللعب

وهى محذوفة اللام وقد استعملت متممة كذى كندى ودد ن كيدن ولا يخلو المحذوف أن يكون ياء كقولهم يد فى يدى أو نونا كقولهم لد فى لدن ومعنى تنكير الدد الشياع والاستغراق وان لا يبقى منه شئ الا وهو منزه عنه أى ما أنا فى شئ من اللهو واللعب وتعريفه فى الجملة الثانية لانه صار معهودا بالذكر كأنه

قال ولا ذلك النوع منى وانما لم يقل ولا هو منى لان الصريح آكد وأبلغ اه ابن الاثير رحمه الله (قوله ولو كان يقتنى الحمام فى بيته الخ) أو لحمل الكتب كما فى ديار مصر والشام اه قارئ الهداية (قوله لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغنى وكان البراء بن مالك حسن الصوت اه الاصابة (قوله والاوجه ماذكره المتكلمون الخ) قال فى الدراية وقيل أصح ما فيه ما نقل عن الحلوانى ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة وكذا الاعانة على المعاصى والفجور والحث عليها من جملة الكبائر كذا فى الذخيرة والمحيط اه (قوله فى المتن أو يدخل الحمام الخ) قال قاضيخان ولا شهادة من يدخل الحمام بغير ازار اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك اه (قوله لان كشف العورة حرام) أى ومرتكب الحرام فاسق فلا تقبل شهادته اه اتقانى (قوله فى الشرح من غير متزر) الذى سمعته من شيخى العلامة الغزى رحمه الله الابمئزر اه (قوله وشرط فى الاصل أن يكون مشهورا به) لانه اذا لم يكن مشهورا به فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق اه غاية (فرع) قال الناطفى فى تهذيب أدب القاضى حكى عن أبى الحسن أن شيخا وصارع الاحداث فى الجامع لم تقبل شهادته لان هذا سخف وان لم يحكم بفسقه لذلك اه اتقانى رحمه الله (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيلى والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف اه معراج الدراية

عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتنى الحمام فى بيته ليستأنس به لا ليطير فلا بأس به ولا تسقط عدالته عند لان امساك الحمام فى البيوت مباح ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمام من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله (أو يغنى للناس) لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغنى للناس أى يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به ولا تسقط عدالته فى الصحيح لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغنى والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضى الله تعالى عنهم وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة معينة فان كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهى حية يكره ومن المشايخ من أجاز الغناء فى العرس ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه لاعلان النكاح وقد قال عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافى ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن المشايخ من أباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى وكرمه قال رحمه الله (أو يرتكب ما يوجب الحد) لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالى بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا فى الكبيرة فقال أهل الحجاز وأهل الحديث هى السبع المذكورة فى الحديث المشهور وهى الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهى كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أوعد عليها فى القرآن أو فى الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيأ من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمى فى الشرع فاحشة فكبيرة قال رحمه الله (أو يدخل الحمام بغير ازار) لان كشف العورة حرام وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى أبو حنيفة رحمه الله رجلا فى الحمام بغير ازار فقال

ألا أيها الناس خافوا الهكم * ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر

وذكر الكرخى ان من يمشى فى الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك المروءة قال رحمه الله (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر وشرط فى الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل فى ملكه وفى الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال رحمه الله (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا

لان

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد) وهو حرام بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعانى الثلاثة) قال الاتقانى أما اذا لم يوجد أحدها ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة فى وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يحلف بالكذب فانه لا تسقط شهادته وذلك لان العلماء اختلفوا فى حرمة اللعب بالشطرنج واباحته عند انعدام هذه المعانى فعلى قول مالك والشافعى يحل كذا نقل مذهبهما شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى فى باب المسئلة عن الشهود ولان الناس لا يعدونه من الكبائر ولا يستخفون صاحبه فلا ترد شهادته اه (قوله فى المتن أو يبول أو يأكل على الطريق)

أى بمرأى الناس لانه تارك للمروءة اه قارئ الهداية (قوله وكذا لا تقبل شهادة من يأكل الخ) والذى وجدته بخط شيخنا مكتوبا بعد يأكل أو يشرب اه وكتب مانصه (قوله وكذا لا تقبل شهادة الخ) قال الكاكى لانه لا يفعل ذلك من كان له مروءة وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الائمة الاربعة حتى لو مشى فى السوق أو فى مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته وكذا من يمد رجليه عند الناس أو يكشف رأسه فى موضع لا عادة فيه مما يجتنبه أهل المروآت (قوله فى المتن وتقبل لاخيه وعمه الخ) وذلك لعموم قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم فيعمل بعمومه الا ما ورد التخصيص بالدليل اه اتقانى (قوله فى المتن وأهل الاهواء) قال الاتقانى أراد بأهل الاهواء أصحاب البدع كالخارجى والرافضى والجبرى والقدرى والمشبه والمعطل ويسمى أهل البدع أهل الاهواء لميلهم الى محبوب أنفسهم بلا دليل شرعى أو عقلى فالهوى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه وقد مر فى التبيين فى باب أقسام السنة اه (قوله بالكناس) كذا هو فى نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك الكمال والذى فى شرح الهداية للاتقانى نقلا عن شرح الاقطع وصلبه بالكناسة اه قال فى معجم البلدان لياقوت الكناسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت الكناس وقد وقفت على نسخة من شرح الاقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضى القضاة الغزى رحمه الله ونصها انهم يعنى الخطابية قوم ينسبون الى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة اه (قوله فى المتن والذمى على مثله) اتفقت ملتهما أو اختلفت اه (قوله بين الله تعالى فسقهم فى آيات من القرآن)

لان كل ذلك من الكبائر وقالوا فى النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعانى الثلاثة التى ذكرناها آنفا قال رحمه الله (أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف) يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كأبى حنيفة وأصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفى السب وكذا لا تقبل شهادة من يأكل فى السوق بين أيدى الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة أهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم وأكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم أهله ولا ممن يشتم الناس قال رحمه الله (وتقبل لاخيه وعمه وأبويه رضاعا وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه) لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة ولا بسطوة لبعضهم فى مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا أو أحد الزوجين للآخر على ما بينا قال رحمه الله (وأهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطى ولا شهادة للفاسق ولنا أن الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما أوقعه فيه الا تدينه ألا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب وفيهم من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو أقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث أو متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال أرأيت ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة على رضى الله عنه ولو شهدوا بين يدى على أكان يرد شهادتهم ومخالفة على بعد عثمان بدعة وهواء فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط فى الذخيرة لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفى النهاية ان أصول أهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشرة فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى أبى الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون أن يشهدوا للمدعى اذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة فى شهادتهم فلعله أقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل لانهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع أنهم قوم ينسبون الى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم أن على بن أبى طالب الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر قال رحمه الله (والذمى على مثله) وقال الشافعى رحمه الله ومالك لا تقبل شهادة الذمى على ذمى مثله ولا على الحربى لانهم فسقة بين الله تعالى فسقهم فى آيات من القرآن وهو أغلظ من الفسق تعاطيا فكان أولى برد شهادته ولان الله تعالى

قال ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضى ولان شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يؤدى الى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كى لا يلزمه شئ يتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى أخبر عنهم انهم ينكرون الآيات عنادا مع علمهم بانه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلا لها كالمرتد ولانه ليس بأهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان أهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبى ليلى إن اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض و إن اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبى موسى الاشعرى وجابر بن عبد الله أنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف وقوله تعالى أو آخران من غيركم أى من غير أهل دينكم وهو مبنى على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا فهذا نص على أن شهادة الكافر مقبولة فى وصية المسلم وفى وصية الكافر أولى ثم انتساخه فى حق المسلم لاجل أن ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه فى حق الكافر لقيام ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد بها الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ فاذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل ذلك على ان الآية غير منسوخة فى حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة فى حق المسلمين أيضا فان أبا موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه امضى شهادة الكافرين فى وصية المسلم فيما رواه أبو داود والدارقطنى وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها لجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم قالت فانها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه أحمد فهذا يدلك على أنها ليست بمنسوخة فى حق المسلم أيضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه أشد الامتناع والكذب محظور فى الاديان كلها والرضا ثبت فى حق الكافر فى حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده اليك خرجت الآية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان مؤتمنا فى المعاملات كان مؤتمنا فى الشهادة لانها من أداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبى والشهادة من باب الولاية والكافر أهل الولاية على جنسه فيكون أهلا للشهادة أيضا على جنسه والقاضى لا يلزمه القضاء بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأى سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذى حكى الله تعالى عنهم فى حق من كان فى ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون من فى عصرنا منهم أن يكون عالما بالحق بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو علم لاسلم وقد كان فى ذلك الزمان أيضا من لا يعلم ألا ترى الى قوله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعا ألا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولادا لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على أحد فلا تقبل شهادته على أحد كالعبد والصبى وملل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم

لان

منها قوله فى سورة النور ومن كفر بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا اه (قوله وان اختلفت لا تقبل) كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه اه كمال (قوله ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين الخ) قال الاتقانى ولنا ماحدث الطحاوى فى شرح الآثار باسناده الى عامر الشعبى عن جابر بن عبد الله أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل وامرأة منهم زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ائتونى بأربعة منكم يشهدون فعلم بذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم جوز شهادتهم عليهم اه (قوله والمرتد لا ولاية له على أحد) لانه لا دين له يقر عليه اه اتقانى

(قوله فى المتن والحربى على مثله لا على الذمى) قال فى الهداية لا تقبل شهادة الحربى على الذمى قال الكمال أراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربى لو دخل بلا أمان قهر استرق ولا شهادة للعبد على أحد اه (قوله والذمى أعلى حالا منه لانه من أهل دارنا) وقد قبل خلف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه اه اتقانى فهو أقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن اه كمال رحمه الله (قوله والحربى مثل الحربى) قال الاتقانى وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة ولهذا لا يجرى التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا رومياوذاك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكما قال الناصحى فى تهذيب أدب القاضى فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة لانا لو قضينا القضينا الآن ولا يجوز أن يقضى بشهادة كافر على مسلم واذا عرض مايمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به كما لو رجع الشهود قبل القضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كما لو رجع الشهود بعد القضاء الا فى الحدود والقصاص فى النفس وفيما دون النفس فانى أدرأ ذلك عنه لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود فاذا عرض مانع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اه (قوله وألم اذا أذنب) قال الاتقانى ألم أى أتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا فى تهذيب الديوان اه (قوله وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب الخ) قال فى الهداية واذا كانت الحسنات أغلب من السيآت والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية قال الكمال هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ماقيل وفيه قصور حيث

لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على مايتعلق بأمر المعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له أحسن مانقل فى هذا الباب ماروى عن أبى يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر ذلك وكان يكفيه أن يقول ومروءته ظاهرة وقول المصنف فأما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

إن تغفر اللهم تغفر جما ❊ وأى عبد لك لا ألما

هكذا أورده القتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبه صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأولا فى تركها كأن يكون معتقدا أفضلية أول الوقت والامام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى النفقة فى طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤذن كأنه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل بهم الطعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم اه ماقاله الكمال

لان بعضهم ليس فى قهر بعض فلا يؤدى الى التقول عليه قال رحمه الله (والحربى على مثله لا على الذمى) لانه لا ولاية له على الذمى وله ولاية على الحربى والذمى أعلى حالا منه لانه من أهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربى على الذمى والحربى مثل الحربى فتجوز شهادة أحدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الآخر وماله قال رحمه الله (ومن ألم بصغيرة ان اجتنب الكبائر) أى تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة وألم اذا أذنب مادون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب من سيآته وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر فبقى الكلام فى العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهى الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكتفى لقبول الشهادة

(قوله في المتن والاقلف الخ) وماعن ابن عباس انه لاتقبل شهادته ولاتقبل صلاته ولاتؤكل ذبيحته انما أراد به المجوس ألاترى الى قوله لاتؤكل ذبيحته اه كمال رحمه الله (قوله الذلة) الذي بخط الشارح لانها تكون الذلة اه (قوله

بأدناه كي لايؤدي الى تضييع الحقوق وأدناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة أو أصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان جهة الهوى على العقل وأحسن ماقيل فيه مانقل عن أبي يوسف رحمه الله ان العدل في الشهادة أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطأ والفساد فلم يوجد مايدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير اصرار لايقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس أي عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف قال رحمه الله (والاقلف) لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لايخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لاتقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه لاتقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر أبو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأي فيه مدخل وقدره المتأخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبي محتملا ولا يهلك لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة قال الحلواني رحمه الله كان النساء يختتن في زمن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذة عند المواقعة قال رحمه الله (والخصي وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لايوجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل أو امرأة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة احتياطا حتى لايجوز أن يشهد مع رجل مالم ينضم اليه امرأة ولامع النساء بلا رجل معهن قال رحمه الله (والعمال) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأياما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبراؤهم كانوا عمالا لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لايجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لايتجاسر أحد على استئجاره على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة وروي أن فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة أيها القاضي ان وزيري رجل دين لايشهد بالزور فلم رددت شهادته فقال لاني سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا كان لايبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي أيضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لاتقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوي أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا وان كان أصله من جهة باطلة

ثم

في المتن والخصي وولد الزنا) قال الاتقاني رأيت في كتاب التفريع لاصحاب مالك قال ولا بأس بشهادة ولد الزنا الا في الزنا وما أشبهه من الحدود فانها لاتجوز فيه هذا لفظ كتاب التفريع ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهنا ضعيف لان كلامنا فيما اذا كان ولد الزنا عدلا والعدل لايرضى بذلك اه (قوله ولامع النساء بلا رجل معهن) وينبغي أن لاتقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لانه يحتمل أن يكون امرأة وفي شهادتهن شبهة البدلية والحدود تدرأ بالشبهات انتهى اتقاني (قوله في المتن والعمال) ذكر الامام قاضيخان أراد به عامل السلطان الذي يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعا أما الذي يعينه على أخذ الحرام لاتقبل شهادته انتهى وكتب مانصه وذكر في الواقعات في باب الشهادات بعلامة السين العمال السلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم اذا كانوا أمناء لانهم انما حملوا على ذلك لامانتهم فالظاهر أنهم يحترزون من الكذب اه اتقاني (قوله ولوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة) فأما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس أو مجازفا في كلامه لاتقبل شهادته اه كافي

(قوله فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا) الى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت ملحقا وهو في كلامه من العمال لاتقبل شهادته هذا الملحق من كلام صاحب النهاية ولايصح الكلام الابه (قوله وبائع الكفن قالوا لاتقبل شهادته) قال الولوالجي رحمه الله في أثناء الفصل الثالث من أدب القاضي قالوا شهادة بائع الاكفان لاتجوز قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني

ثم قال فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال أهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لاتقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لاتقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله (والمعتق لمعتق) أي تقبل شهادة المعتق للذي أعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبرا والحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولو شهدا أن أباهما أوصى اليه والوصي يدعي جاز وان أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا أن أباهما أوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان أنكر الرجل الوصية لاتقبل شهادتهما كما لاتجوز شهادتهما ان أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر والقياس أن لاتجوز الوصية أيضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما أو لهما أو الغريمان لهما عليه دين أو عليهما له دين أنه أوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس أن لاتجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله أو من يستوفي منه أو من تبرأ ذمته بالتسليم اليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لاتقبل فصار نظير مسئلة الوكالة ووجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شئ لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها لتطييب القلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت وصيان لايحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ماقلتم لانا نقول اذا أقر الوصيان أن معهما ثالثا كان له أن يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بأمور الميت باقرارهما أن معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لايملك اجبار أحد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لايملك القاضي نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على مابينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا أقام ابنان البينة ان أباهما الغائب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لاتقبل وان أقر الوكيل بذلك لان القاضي لايملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول أن يأمرهما القاضي باداء ماعليهما اليه لا أن يبرأ عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله (ولايسمع القاضي الشهادة على جرح) أي على جرح مجرد من غير أن يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لايدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه أو قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جائز على ماتبين

انما لاتجوز اذا ترصد لذلك العمل لانه حينئذ يتمنى الموت والطاعون أما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويشترى منه الكفن تجوز شهادته اه (قوله في المتن ولو شهدا أن أباهما) قال الكمال صورتها رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان كذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لاتجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويربحهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لاتقبل (قوله وكذا اذا شهد الموصى اليهما) يقال أوصى اليه أي جعله وصيا وأوصى له بكذا أي جعله موصى له اه اتقاني

(قوله تجوز هذه الشهادة استحسانا) وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لاتقبل شهادة هؤلاء الا الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا اه اتقاني (قوله فكيف يصح ماقلتم) قلت انهما لما شهدا أن الميت أوصى الى هذا الرجل الثالث فقد أقرا أن لاحق لهما في التصرف مالم يكن معهما ثالث فلو ردت شهادتهما لاحتاج الى نصب وصي آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لرد الشهادة فائدة اه غاية (قوله جائز على ماتبين) قال له يافاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزير عن نفسه لاتسمع بينته

ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك الظالم أو المظلوم لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد شهادتهما فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك أما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو كان فيه اثبات حق العبد كقولهما أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد أو ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال أعطاهم المدعى من مالى الذى كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع اليهم المال أو قال استأجرهم المدعى بكذا من المال على أن يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيه لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدعى أن الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بأنه لا حق له في المعنى وكذا اذا أقام البينة على اقراره انه استأجر الشهود أو على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق وكذا اذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لان في العبد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافى أنه لو أقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم انهم أجراء في اداء هذه الشهادة أو على اقرارهم أن المدعى مبطل في هذه الدعوى أو على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه أنه اذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شربة خمر لا تقبل ولو أقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا أقامها على اقرار المدعى بذلك أو على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافى وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل يحمل الاول على انما اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة أو زنوا الخ قال رحمه الله (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتى تقبل لو عدلا) قوله أوهمت أى أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو بنسيان بعض ما كان يجب على ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في أوانه وهو عدل فان قال ذلك بعد ما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز أنه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضى بالالف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقى لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا أما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعى أو المدعى عليه أو يترك الاشارة الى أحد الخصمين وما يجرى مجراه وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا مأمونا وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبى حنيفة وبشر عن أبى يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر بعد ذلك تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

(باب

لان الشهادة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل بخلاف ما اذا قال له يا زانى ثم أثبت زناه ببينته تقبل لانه متعلق الحد اه قنية في الحدود (قوله في المتن حتى قال أوهمت) قال في المغرب ووهم في الحساب غلط من باب لبس وأوهم فيه مثله ومنه قوله فان قال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وفي حديث على رضى الله عنه قال الشاهدان أوهمنا انما السارق هذا وروى وهمنا وأوهم في الحساب مائة أى أسقط وأوهم من صلاته ركعة وفي الحديث أنه صلى الله عليه وسلم صلى وأوهم في صلاته فقيل له كأنك أوهمت في صلاتك اه

الاختلاف فى الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع إما عن رؤية كما فى الغصب والقتل أو سماع باقرار وغيره والشاهدان متساويان فى ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن الشهادتان وافقت الدعوى قبلت) بان كانت فى ألف قرض وشهدا بألف قرض اه ع (قوله والا) أى وان لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع اه ع (قوله لان تقدم الدعوى فى حق العبد شرط لقبول الشهادة) أى لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما وافقها أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم توافقها صارت الدعوى لشئ آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر من الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا فى غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت هى المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الاول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلتا لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفى قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهو خلاف ما ذكر الخلاف فى القبول رشيد الدين وهذا اذا ... وانما اذا احتمل الشهادة لى ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر فى شئ من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف وفيه أيضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب اه كمال (قوله فاذا خالفتها فقد كذبتها) أى كذبت الشهادة الدعوى اه وكتب ما نصه فتنسب الكذب الى الدعوى لا الى الشهادة لان الاصل فى الشهود العدالة دون المدعى اذ هى شرط فيهم دونه اه من خط الشارح رحمه الله (قوله بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط) قال الكمال وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله تعالى فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام فى اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما فى الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر اه (قوله فى المتن ادعى دارا ارثا أو شراء فشهدا بملك مطلق) يعنى من غير ذكر سبب اه ع (قوله والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى) أى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اه كمال وقوله اعادة هو بالعين فى خط الشارح وكذا هو فى الدراية وفى الكافى افادة بالفاء اه

﴿ باب الاختلاف فى الشهادة ﴾

قال رحمه الله (الشهادتان وافقت الدعوى قبلت والا لا) لان تقدم الدعوى فى حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق أحد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة أو اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فأمكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما فى اثباته فصار كأن الدعوى موجودة ولانه تعالى لما أمر باقامتها كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفى حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله (ادعى دارا ارثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت) أى لا تقبل بينته لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك فى الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله (وبعكسه لا) أى بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهى شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى بطريق الوضع

لا بطريق التضمن حتى لو ادّعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي بأربعة وكذا ان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدّعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث لهما أنهما اتفقا على الاقل وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرّد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف ألا ترى أن المدّعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول أن توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعي يدعي الالف والخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان المدّعي كذب من يشهد بالزيادة وشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لو أراد أحدهما الآخر لم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن ألا ترى انه لو شهد أحدهما أنه

قال

(قوله لا بطريق التضمن) فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدّعي يدعي الالفين بخلاف ما اذا كان يدعي ألفا لا يقضي بشيء اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفا أو برأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك يقضى له بالالف اه كمال (قوله وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث) لا يقضي بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضي بالاقل قال الكمال رحمه الله وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألفا درهم والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه اه (قوله فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعي يدعي الالف والخمسمائة) أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا ادّعى الاقل حيث لا يثبت شيء) أي اتفاقا اه كمال (قوله ألا ترى أنه لو شهد أحدهما) هذا الفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الطلاق في فصل المشيئة وذكر الحكم فيه كما هنا فاعلم ذلك وراجعه اه وكتب أيضا ما نصه قال الكمال فان قيل يشكل على قوله ما لو ادّعى ألفين فشهدا بالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضي ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على (٢٣٠) وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا على اقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعي ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فيقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هي ألفان ولم تثبت الالفان وأما عن الثاني فنمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها بيرية والا لم تقع البينونة اه ما قاله الكمال رحمه الله تعالى وكتب أيضا ما نصه قال الكمال واعلم ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفه قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما ما لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدّر نفقته وعياله في العام فان كانت أكثر من ألف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما قال المعنى فيه انه انما أراد الواقف أن لزيد بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل اه فايراده هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار الى انها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبي حنيفة قوله وقد اختلف لفظهما صرح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اه وحاصله أنا علمنا استحقاقه وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اه

قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برية لا يقع شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ ألا ترى أن المدعي لو ادعى الغصب أو القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف والخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرّد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الا الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا أن يوفق فيقول أصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزائد أو أبرأته عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله (فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث تطليقات وفرّق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار في يدها فلها أن توقع كلها أو بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج ألفا حيث تقع الثلاث لانه يتصرف عن ملكه فله أن يوقع أي عدد شاء الا أنه لا ينفذ الا بقدر المحل قال رحمه الله (وان شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف) يعني فيما اذا شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسمائة تقبل شهادتهما بألف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرّد أحدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا وأما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد قال رحمه الله (ولو شهدا بألف وقال أحدهما

(قوله قال لامرأته أنت خلية الخ) قال قاضيخان في فتاواه ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية لا تقبل عند الكل لانهما اختلفا في لفظة الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا اه قال الولوالجي في كتاب الدعوى ولو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برية لا تقبل شهادتهما وان اتفقا على اثبات الحرمة لانهما اختلفا في اللفظ والمعنى لان معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلو الفراغ المطلق فاذا اختلفا لفظا ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة اه (قوله لا يقع شيء) أي على قول الكل (قوله وان اتفق اللفظان في المعنى) أي وهو اثبات الحرمة اه (قوله بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط الخ) قال الاتقاني ثم المعتبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق (٢٣١) في المعنى لا من حيث اللفظ ألا ترى أن المدّعي يقول أدّعي كذا والشاهد يقول أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فاعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى فالشهادة لم تبطل واذا لم يمكن بطلت قال في الفصل الخامس في الفصول وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادتي الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للاخرى في اللفظ (١) والا يوجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي أن تكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ اه (قوله الا أن يوفق) أي وما لم يوفق صريحا لا يقضي بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان لي الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضي بشيء اه كمال رحمه الله (قوله وعندهما تقبل) على الالف اذا كان المدّعي يدعي الالفين اه (قوله والذي يبطل مذهبهما الخ) قال الكمال وفي المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما ذكره الشارح رحمهما الله (قوله لو شهدا بتطليقة) يعني قبل الدخول اه كمال (قوله حيث تقع واحدة) لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها أو المالك يوجد من مملوكه ما شاء اه فتح (قوله في المتن وان شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدّعي يدعي ذلك قبلت على الالف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما شهدا على الالف لفظا ومعنى وانفرد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوصيتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اه كمال رحمه الله (قوله فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد) في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان الخ اه

(١) قوله والا يوجب الخ هكذا في الاصل وحرر اه مصححه

(قوله وعن أبى يوسف الخ) أى فى غير المشهور عنه اه كمال (قوله وهو المعتبر عنده على مامر) وجوابه ماقلنا يعنى قوله لاتفاقهما عليه يعنى فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهدوا حدبسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف مالو شهدا بألف فقال أحدهما انه قضاها باها بعد قرضه فانه يقضى بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لايقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبى يوسف فى هذه الرواية لانما كذاب من المدعى فهو كالو فسقه ووجه الظاهر ماقدمنا من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الخ ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له اه كمال رحمه الله (قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لاينبغى له أن يشهد على القرض لانه اذا علم أن المستقرض قد قضاه فقد علم أن المدعى ادعى بغير حق فلا ينبغى له أن يشهد على دعواه

قضاء منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاه الا أن يشهد معه آخر) لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بألف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ماقبض فلا ينافى بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعى كذب شاهده بالقضاء فينبغى أن لايقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لايقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فان شهادتهما له لاتبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقضى بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء أن لادين الا خمسمائة فى المعنى وهو المعتبر عنده على مامر وينبغى أن يكون قول محمد كذلك لان مذهبه فى اعتبار المعنى كمذهب أبى يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد له بخمس المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف عليه للمدعى ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع قال رحمه الله (وينبغى أن لايشهد حتى يقر المدعى بما قبض) يعنى يجب عليه أن لايشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسمائة حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة فى القرض وعدمها فى القضاء وذكر الطحاوى عن بعض أصحابنا انه لايقضى بها القاضى وهو قول زفر رحمه الله لان فى زعم أحد الشاهدين انه لاشئ له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعى كذب شاهد القضاء والاشبه أن يكون هذا قول أبى يوسف رحمه الله على ماذكرنا فى المسئلة الاولى اذ لافرق بين المسئلتين الا من حيث ان أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين فى هذه وفى الاولى بقضاء البعض والجواب ماذكرنا فى الاولى واذا اختلف الشاهدان فى الزمان أو المكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا فى الجناية والغصب والقتل والنكاح لاتقبل والاصل أن المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه فى المكان أو الزمان لايمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب أو قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما فى الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف فى زمانه أو مكانه لاتقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان أحدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لايتفقان

لان

وهو يعلم أنه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الاثم والعدوان اه اتقانى (قوله فى المتن وينبغى أن لايشهد الخ) قال الكمال قال القدورى وينبغى للشاهد اذا علم بذلك أى بقضاء الخمسمائة أن لايشهد حتى يعترف المدعى بقبضها لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة فيثبت اختلافهما ان شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة وفيه لاتقبل الشهادة أصلا على قول أبى حنيفة فيضيع حق المدعى فالوجه أن لايشهد الذى عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذى سقط عن المدعى عليه والمراد من لفظ لاينبغى لايحل نص عليه فى جامع أبى الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لاتشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله الشهود بالخيار ان شاؤا امتنعوا من الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لايقضى القاضى بالمال هذا قول الفقيه أبى جعفر وأبى نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لايسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قال عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولى ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لايسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا فى يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك فأخبره عدلان أن الملك الثانى لايجوز أن يشهد بالملك للاول ولو أخبره أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما اه

(قوله فى المتن ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر) لفظة يوم النحر ليست فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله ترد الطائفتان) فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اه (قوله ثم شهدت الاخرى لاتقبل) وحينئذ فيقتل المشهود عليه اه (قوله لان الاول ترجحت باتصال القضاء بها) فانه حين قضى بالاولى ولا معارض لها اذ ذاك ينفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض اه كمال (قوله ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لايجوز له الصلاة فيه) ولا تبطل صلاته فى الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه اه فتح (قوله فى المتن ولو شهدا بسرقة بقرة الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقرة

لان الانشاء أن يقول زنيت أو أنت زان والاخبار أن يقول قد قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذفه فيما شاهدان به قال رحمه الله (ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر ردتا) يعنى طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ماذكره ترد الطائفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما بأولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لايتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه عرضا لايبقى زمانين والثانى حركات أخر غير الاول يحدثه الله تعالى فى ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثانى اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لايتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثانى عين الاول حكما وكذا لو اختلفا فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل لاتقبل لما بينا قال رحمه الله (فان قضى باحداهما أولا بطلت الاخرى) يعنى لو قضى القاضى بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لاتقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل فى غيرها اذ قتل شخص واحد فى مكانين لايتصور فصار نظير مالو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لايجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر قال رحمه الله (ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) يعنى لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا فى لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقرة بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال أحدهما سرق ذكرا والآخر قال أنثى أو اختلفا فى لون البقرة فى الغصب حيث لاتقبل شهادتهما فيهما وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لاتقبل شهادتهما فى السرقة أيضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما فى الذكورة والأنوثة وكاختلافهما فى اللون فى الغصب بل أولى لان الثابت بالغصب ضمان لايسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما فى قيمتها وله أنهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لايضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما فى ثياب السارق ألا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون فى الليالى غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان فى بقرة واحدة بأن كان أحد جانبيها أبيض والجانب الآخر أسود فيشهد كل بما رأى أو بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة

واختلفا فى لونها قال أجيز الشهادة وأقطعه وقال أبو يوسف ومحمد لانجيز الشهادة ولا نقطعه ولو شهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة فى قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله اه اتقانى (قوله فى المتن واختلفا فى لونها قطع) قال الكمال صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد واحد بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لايقطع ولو أن المسروق منه عين لونا (١) فقال أحدهما سوداء لايقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى ولو اختلفا فى الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا فى الفرق بين السرقة والغصب بقليل تأمل اه (قوله وكاختلافهما فى اللون فى الغصب) فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لايتضمن قبولها اثبات حد فلأن لايقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لايثبت بشهادة النساء وأما مازيد من أنه لايثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنا اه فتح (قوله بخلاف وصف الذكورة الخ) قال الاتقانى وبخلاف اختلافهما فى الذكورة والانوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما أو تشابههما لايكون فى حيوان واحد عادة ولان الشاهدين يكلفان بيان الذكورة والانوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما

(١) قوله عين لونا بيض بعده فى الاصل كما ترى فارجع الى النسخ الصحيحة كتبه مصححه

في نفس الشهادة اه (قوله ذكره في المبسوط) أي قاضيخان في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله في المتن ومن شهد لرجل الخ) قال الاتقاني وهذه ثمانية مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعي هذا وينكر الآخر أو يدعي الآخر وينكر هذا اه وقد ذكرها صاحب الهداية وذكر في الكنز منها أربعة البيع والكتابة والخلع والنكاح وذكر الشارح رحمه الله الاربعة الباقية اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وكان الانسب بالوضع أن يذكر هذه المسئلة بعد قوله وان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لان تلك المسئلة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اه وكتب أيضا ما نصه (٣٣٤) قوله ومن شهد لرجل الخ قال الكمال صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسمائة قال يعني أبا حنيفة هذا باطل الى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قضي بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شئ ولو كان المدعي يدعي ألفا وخمسمائة بيانه هو أن ذاك فيما اذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب وان كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا اه فتح (قوله وكذا اذا كان المدعي هو البائع) بان ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المقصود المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اه فتح (قوله ولا فرق بين أن يكون المدعي أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعي هو البائع أو المشتري اه قارئ الهداية (قوله لما بينا) أي من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي اه فتح (قوله وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل الخ اه (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل اه (قوله وان كان المدعي هو المولى فكذلك) لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين الا به

والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الحد يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها إما بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما إنها بلقاء فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف الا أحدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف وأما اذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة وأما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي وان اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب أحد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله أن الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيد عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة والخلع) أي اذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعي هو المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان

والشهادة ليست الا لاثباتها اه كمال (قوله وكذا الصلح عن دم العمد والعتق الخ) قال الكمال بعد ذكره من المسائل الثمانية مسئلة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهما الخلاص وهو مقصودهم وان كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولي القتيل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضي بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالالف والالفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضى بشئ وهذا لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا في الدين اه وكتب أيضا قال الاتقاني فأما اذا وقعت الدعوى في الطلاق أو في الخلع على مال أو العتق على مال أو الصلح عن دم العمد على مال فان كان المدعي هو الزوج أو المولى أو ولي القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعي هي المرأة أو القاتل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع اه (قوله وفي الرهن ان كان المدعي هو المرتهن الخ) فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي (٣٣٥) أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين فيثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك أن دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف يتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به اه كمال (قوله وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة) أي بشئ أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لانه أي الراهن لا حظ له في الرهن أي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اه فتح (قوله وفي الاجارة ان كان الخ) قال الكمال رحمه الله والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر أنه آجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة فان كان بعد مضيها استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعي هو المؤجر فهي دعوى المال فان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بألف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهد الآخر بألفين والمدعي يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بألف وان كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اه

المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند أداء المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعي هو العبد أو القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى أو الولي يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يفسخه أي وقت شاء فلا فائدة في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن أن يدعي انه رهنه ألفا وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يثبت أقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور لما ينافي الدين قال رحمه الله (فأما النكاح فيصح بألف) يعني بأقل المالين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الاقل أو الاكثر وقال أبو يوسف

(قوله ولا يقضى بشئ) أى لا يقضى بالنكاح اه قارئ الهداية (قوله ولان المال فى النكاح تابع) ألا ترى أنه ينعقد النكاح بلا تسمية المهر وعلك النكاح من لا عملك التصرف فى المال كالاخ والعم وقد اتفق الشاهدان على الاصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر الى الاختلاف فى النفع وهو المال اه اتقانى (قوله وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل) لاتفاقهما عليه وحينئذ

ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما فى البيع سواء كان الزوج هو المدعى أو المرأة هى المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعى هو الزوج والمولى والولى لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولابى حنيفة رحمه الله أن التسمية فى النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية واذا صحت التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت فى حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد فى حالة البقاء والبينة على التسمية فى حال يستحيل العقد لا تكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين حاصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولان المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع أن لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقى العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل منهما كما فى الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المرأة هى المدعية يجعل أبو حنيفة مقصودها المال فضرجه على ما بينا وهما يجعلان مقصودها العقد لما بينا لهما وأما اذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوى فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما فى الصحيح لاتفاقهما فى الاصل وهو العقد والاختلاف فى التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الاقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة قال رحمه الله (وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعنى اذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عينا فى يد انسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له أو يقولا كانت لابيه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه أن الجر شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جرا لانه أثبت ملكه أوان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا أثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بينا وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون ملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورثه يكتفى لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقل بلا تفصيل اه كمال (قوله كما فى الدين) بخلاف البيع لان البدل ثمة أصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اه اتقانى (قوله وأما اذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد) اذ الزوج لا يدعى عليها مالا اه فتح (قوله فى المتن وملك المورث الخ) ترجم له فى الهداية بفصل الشهادة على الارث قال الاتقانى لما ذكر الشهادة التى تتعلق بحال الحياة شرع فى الشهادة المتعلقة بحال الممات لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقيب ذلك اه (قوله فى المتن لم يقض لوارثه بلا جر) أى من الشهود بأن يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له اه ع (قوله فى المتن الا أن يشهدا بملكه) من هنا الى قوله فى باب الوكالة فتعين البر للادخار عند قوله وبشراء طعام مخروم من نسخة الشارح رحمه الله (قوله فى المتن أو يده أو يد مستعيره) كذا هنا والذى شرح عليه العينى رحمه الله الا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مودعه أو يد مستعيره اه (قوله وكذا اذا أثبت يده عند الموت) لان اليدوان تنوعت عين الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان فى ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اه فتح (قوله ويصير مغرورا) أى فيما

كان المورث مغرورا فيه اه كافى (قوله أو بالعكس) أى بأن كانت موطوءة الميت أو موطوءة وارثه اه (قوله وذلك عاذكرنا من الجر) أى الصورى أو المعنوى اه عينى (قوله لا الى الموت) أى ليس بمضاف الى الموت اه (قوله فى المتن ولو شهدا بيد حى الخ) قيد بالحى لانهما اذا شهدا الميت أنها كانت فى يده وقت الموت تقبل اتفاقا اه عينى وقد تقدمت وتقدم الفرق بينهما آنفا اه (قوله ردت) فى

عين ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما فى الحى اذا أثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه ثابت فى هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا فى يد انسان أنه اشتراها من فلان غير ذى اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد انها ملك البائع فأقام المشترى بينة انها كانت له يكتفى بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبائع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى أن يوجد مزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا ترى انه يثبت فى حقه احكام لم تكن ثابتة فى حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى أكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا ترى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده فى الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره بما ذكرنا بخلاف ما اذا أثبت الحى أنها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة أنه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشترى مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لان الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء وأما فى الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال ان مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سببا للملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر قال رحمه الله (ولو شهدا بيد حى منذ شهر ردت) أى اذا شهد شاهدان أن هذه العين كانت فى يد فلان منذ شهر وهو حى ردت الشهادة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وعن أبى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل كما اذا شهدا أنها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى أن يوجد مزيله فكذا اليد وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعى أو بالاقرار منه باليد ولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهى متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم أيضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجىء ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعى مشهود به فلا يعارض المحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثر اثباتا قال رحمه الله (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر انه كان فى يد المدعى دفع الى المدعى) أى لو أقر المدعى عليه باليد للمدعى أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعى منذ أشهر دفع ذلك الى المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان على شئ صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

قال رحمه الله (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أى تجوز الشهادة على

ظاهر الرواية خلافا لما روى عن أبى يوسف اه غاية (قوله لان اليد منقضية) أى زائلة فى الحال وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر اه قارئ الهداية (قوله فلا يمكن القضاء بالمجهول) فلم يجب الرد لانه لو وجب الرد من وجه لا يجب من وجهين فلا يجب بالشك اه قارئ الهداية (قوله فى المتن ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى دفع الى المدعى) قال الكمال يعنى لو قال المدعى عليه بالدار التى فى يده هذه الدار كانت فى يد المدعى دفعت للمدعى وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة فى المقر به وهى لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزمه البيان فانه لو قال لفلان على شئ صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت فى يد المدعى تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة فى المقر به وهى لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهد على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيأ جازت ويؤمر بالبيان اه

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع اه فتح قوله شرع فى بيان الخ اذ الاصل مقدم على الفرع اه وكتب ما نصه قال الفقيه أبو الليث فى خزانة الفقه خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضى الى القاضى وحد الزنا

والسرقة والقصاص والقذف وحد شرب الخمر وقال فى أول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد بن الحسن فى نوادر محمد بن رستم يجوز فى التعزير والعفو والشهادة على الشهادة اه اتقانى رحمه الله (قوله وجبت على شاهد الاصل) فلا يجوز أن يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبادات اه غاية (قوله ولان فيها زيادة احتمال) يعنى تهمة الكذب فى الاصول والفروع لعدم عصمتهم كما ذكرنا وفى الفروع تهمة زائدة وهى تهمة عدم (٢٣٨) السماع من الاصول اه قارئ الهداية (قوله وفيه شبهة من حيث البدلية) لانها قائمة مقام شهادة الاصل اه (قوله وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص) وبقولنا هذا قال أحمد والشافعى فى قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل فى الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع اه فتح (قوله ويدخل تحته) أى يدخل تحت قول المصنف تقبل الخ جميع الحقوق اه (قوله وقال مالك الخ) فى هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة فى الحدود والحقوق كلها وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة كل واحد من الشاهدين الاولين ولا يصح أن يشهد واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الاولين والشهادة على الشهادة فى الزنا جائزة وذلك أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الاصل الاربعة الى هنا لفظ كتاب التفريع لاصحاب مالك اه وقال الاتقانى عند قوله فى الهداية ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن أبى ليلى وأحمد والاوزاعى يجوز كذا فى شرح الاقطع اه (قوله ولنا قول على رضى الله عنه لا يجوز الخ) قال الاتقانى وجه الاستدلال أن عليا رضى الله عنه جوز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غيره على خلافه فحل محل الاجماع اه اتقانى

الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجرى فى العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها فى موضعين فى الاصول وفى الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب القاضى الى القاضى وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كالاثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لان فى الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفى أنها لا تجوز فى الوقف والصحيح أنها تجوز فيه احياء له وصونا عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعنى ان شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له أن يشهده صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى ايصال شهادته الى مجلس القاضى فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول على رضى الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل أصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضى لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضى القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضا لان الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شىء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد أحد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيأ ولان معنى الاصالة يقتضى مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضى عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا فى حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لاثبت ثلاثة أرباع الحق ولا نظير له فى الشرع ولا يقال لو كان الفرع

(قوله وقد بيناه وبينا الخلاف فيه) وهو أن عند مالك تقبل شهادة واحد على واحد اه (قوله فى المتن والاشهاد) أى اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع اه فتح (قوله لانه كالنائب الخ) قال الاتقانى قوله لان الفرع كالنائب عنه ولا شك أن الفرع قائم مقام الاصل ونائب عنه وكان ينبغى أن يقول نائب عنه فقيل فى تأويل قوله كالنائب عنه لان القاضى أن يقضى بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم اه (قوله ولا بد من أن يشهد) أى شاهد الاصل عند الفرع اه (قوله لينقله) أى لينقل الفرع شهادة الاصل اه (فرع) قال فى الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا للقاضى نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما بشهدان بكذا أو قالوا للقاضى لا نسميهما لك أو قالا لا نعرف أسماءهما لم تقبل حتى يسميا لانهما تحملا مجازفة (٢٣٩) لا عن معرفة اه اتقانى (قوله وله لفظ أطول منه وأقصر) قال فى الهداية ولها قول أطول من هذا وأقصر منه وخير الامور أوساطها قال الاتقانى أى لشهادة الفرع عند الاداء لفظ أطول من الذى ذكره القدورى وهو كما قال الخصاف ولفظ أقصر منه كما ذكر الشيخ أبو نصر اه (قوله (٢) فى الشعر وأوسطها حميم) فى نسخة صميم (قوله فالاطول منه أن يقول الخ) نسب الاتقانى هذا الى الخصاف فقال وذكر الخصاف أنه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات وذكره اه (قوله فيذكر فيه ست شينات) قال الاتقانى وذكر الجصاص أنه يكفى ثلاث شينات فى الاشهاد وست فى الاداء اه (قوله وما ذكره فى المتن فيه خمس شينات) أى كما ذكر القدورى فى مختصره (قوله أو يقول أشهد على شهادة فلان الخ) قال الاتقانى قال الشيخ أبو نصر البغدادى ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وما ذكره صاحب الكتاب أولى وأحوط لان قوله أشهد هو لفظ شهادته ثم يخبر بذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل أما قوله وقال لى اشهد على شهادتى هو شرط عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ان لم يذكر ذلك جاز وجه قولهما أنه اذا لم يقل وقال لى اشهد على شهادتى يحتمل أن يكون أمره أن يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته تحميلا بالشك ووجه قول أبى يوسف ان أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن وانه لا يكذب وليس ذلك الا أن يحمل على انه أراد التحميل فيصح كذا فى شرح الاقطع اه قوله وما ذكره صاحب الكتاب وهو الهداية والذى فيها خمس شينات كما فى الكنز اه

بدلا لما جاز أن يشهدا مع أحد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلا لان المرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة واحد) (١) أى لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه قال رحمه الله (والاشهاد أن يقول اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلانا أقر عندى بكذا) وهذا صفة الاشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكرنا ويقول له عند التحميل أشهدنى على نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق حل له أن يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال أشهد أنى سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد أنت على شهادتى بذلك أو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتى بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل أن يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتى لانه يحتمل أن يكون أمرا بأن يشهد بمثل شهادته فيكون آمرا له بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب قال رحمه الله (وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كلا طرفى الامور ذميم وأوسطها صميم فالاطول منه أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أنه شهد أن فلان بن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن لفلان ابن فلان عليه ألف درهم وقال لى اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى لفلان بكذا ففيه ثمان شينات أو يقول أشهد أن فلانا شهد عندى بكذا وأشهدنى على شهادته بذلك وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره فى المتن فيه خمس شينات والاقصر منه أن يقول أمرنى فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه أربع شينات أو يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد فى السير الكبير وهو اختيار الفقيه

(١) قوله فى المتن ولا تقبل شهادة واحد هكذا فى نسخ الشرح التى بأيدينا والذى فى نسخ المتن وعليها شرح العينى ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد حرر اه مصححه (٢) قول المحشى فى الشعر هكذا فى الاصل وليس فى كلام الشارح شعر بل هو سجع اه مصححه

(قوله وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية) قال الاتقاني قال الفقيه وبهذا القول نأخذ لانه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر وأما اذا كان دون ذلك فتلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال فخر الاسلام وقول أبي يوسف حسن

أبي الليث وأبي جعفر وشمس الائمة السرخسي رحمهم الله وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى ان أبا جعفر كان يخالف الفقيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له قال رحمه الله (ولا شهادة الفرع الا بموت أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان أداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا سقط جاز له أن يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وأمر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ القعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر ألا ترى انه تعلقت به أحكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس والاول أحسن لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روى عن أبي يوسف أرفق لان احياء الحقوق واجب ما أمكن والشاهد أيضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير أهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروى عن محمد رحمه الله انها تجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمهم الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع أن استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما يملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله (فان عدلهم الفروع صح) لان الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد برد شهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر معه وان اتفق الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول أصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله (والا عدلوا) أي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الاصول لان المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بأنفسهم وشهدوا عنده وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة وحاصله أن القاضي ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع أو بالعكس جاز وقال في النهاية في غير ظاهر الرواية عن محمد انه لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين أن يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم أو لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة)

اه (قوله في المتن فان عدلهم الفروع صح) وروى عن محمد أن تعديلهما لا يكون صحيحا لان الفرع نائب عن الاصل فتعديله الاصل يكون بمنزلة تعديل الاصل نفسه وجه ظاهر الرواية أن الفرع نائب عن الاصل في نقل عبارته الى مجلس القاضي فاذا نقل عبارته الى مجلس القاضي فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الاجانب اه (قوله ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق) بأنه انما يشهد ليصير قوله مقبولا عند الناس وان لم يكن له شهادة اه (قوله لان المأخوذ) أي الواجب على الفروع اه فتح (قوله في المتن وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل) قال في الهداية وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع قال الكمال لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض اه وقال الاتقاني لان شرط صحة الشهادة التحميل فاذا أنكر شهود الاصل شهادتهم لا يوجد التحميل فلا تصح شهادة الفرع لعدم الشرط اه وكتب ما نصه ومعنى المسئلة أن يقول شهود الاصل ما لنا شهادة على هذه الحادثة أي وماتوا أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكر شهود الاصل اه كافي قال شيخنا رحمه الله فظهر بما ذكر في الكافي وبما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم

بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكنز والهداية انما هو على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الشارح حيث قالا بانكار الاصل الشهادة ولم يقولا بانكار الاشهاد اه (قوله في المتن ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها

أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نعرفهم ولم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع ولان الاصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالا لا ندري أهي هذه أم لا قيل للمدعي هات شاهدين أنها فلانة) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال رحمه الله (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) معناه أن القاضي اذا كتب الى القاضي الآخر أن فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال رحمه الله (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء أو لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير لازالة الفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام أيها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن شريحا رضي الله عنه

الى فخذها) فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها العتابي بالاب الاعلى الذي ينسب أبوها اليه وذلك لان بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا الى القبيلة الخاصة اه اتقاني (قوله الشعب) بفتح الشين اه فتح (قوله على اختلاف القولين) أي قول الزمخشري وقول صاحب الصحاح اه (قوله في المتن ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) قال في الهداية وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فانه لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات اه قال الاتقاني قوله وفائدته أي وفائدة وضع الجامع الصغير وهذا لانه وضع المسئلة فيما اذا أقرا أنهما شهدا بزور وفائدته انه لا يثبت كذب الشاهد الا باقراره اذ لا سبيل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا قامت على انهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على النفي لا تسمع اه (قوله فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع) غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أضافا الى ذلك الضرب وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله اه كمال (قوله وسخم) يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفي المغني ولا يسخم وجهه بالخاء

والماء اه كمال (قوله وشريح رضى الله عنه) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعى فقد روى عنه أنه قال هم رجال ونحن رجال نجتهد فأجاب بما ذكرهنا اه (قوله وما روى عن عمر رضى الله عنه كان سياسة) قال الكمال رحمه الله وأما الجواب بأن ما روى من ضرب عمر والتسخيم (٢٤٢) كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا

كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضى الله تعالى عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة فى الفتوى وسوغوا له فى الاجتهاد ورجعوا الى قوله فى المناظرة فمن كان بهذه المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه يقلدهم وعدهم فقال مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان فى رتبتهم من التابعين فيكون فى الحقيقة على هذا تقليده للصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين لتجويزهم فعلهم وقولهم لاسيما شريح فانه كان قاضيا فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم وكيف لا يكون وهو بمحضر منهم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة وما روى عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه أربعين وهو حد العبيد فى القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع واذا لم يقولوا به لنهيه عليه الصلاة والسلام عن المثلة ولو كان فى الكلب العقور ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا وقال الامام الحاكم أبو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثانى أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأى سبب فانه على الاختلاف الذى ذكرنا قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصريح بأنه انما يجب التشهير أو التعزير على الاختلاف الذى ذكرنا على من أقر على نفسه أنه شهد كاذبا متعمدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو وردت شهادته لتهمة أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندرى من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما وقد يكذب المدعى لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفى والبينة حجة الاثبات ولا تهمة فى اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو بموته حيا لتيقننا بكذبهم والرجال والنساء وأهل الذمة فى شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا فى مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضى وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالته لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبى يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتى فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا فى هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها أنواع اما معنى فى الشاهد وهو الفسق والعمى واما معنى فى المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية واما الدليل شرعى وهو فى حق المحدود فى القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان بأربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقال عليه الصلاة

من كتبة عمر به الى عماله فى البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحد وفليس بشئ لان ذلك مختلف فيه فى العلماء من يجيزه وقد أجازعالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمس وسبعون وتسع وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن المثلة ليست الا فى قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول اه (قوله والثانى أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان) مثل أن يقول شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك اه فتح (قوله قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصريح الخ) قال الكمال وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته بمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا فى المخالفة أو للمدعى غرض فى أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجئ حيا اه

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

لما كان هذا ابطال رفع الشهادة وما تقدم ابحاث اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما قاله والحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور وهو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا أو خطأ اه كمال رحمه الله قال الكاكى عقب الرجوع عن الشهادة الشهادة اذ الرجوع يقتضى سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور اذ الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور ثم للرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضى أى قاض كان فيختص بمجلس القاضى اه (قوله وحكمه بعد القضاء) قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن تعمد الزور ان تعمد أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه كمال وكتب ما نصه قال الاتقانى وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض اه (قوله وقبله التعزير فقط) أى بالضرب عندهما وبالتشهير عند أبى حنيفة على ما تقدم فى شاهد الزور اه (قوله فى المتن ولا يصح الرجوع الا عند القاضى) قال الكمال سواء كان هو القاضى المشهود عنده أو غيره اه وهو معنى قول الشارح أى حاكم كان اه وكتب ما نصه قال الكمال وزاد جماعة فى صحة الرجوع أن يحكم القاضى برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال واذا لم يصح فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا (٢٤٣) باطلا وإقامة البينة والزام اليمين

الصلاة والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه خطأ أو عمدا يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لان الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما أتلفه بالزور لان رجوعه مقبول فى حق نفسه وان لم يقبل فى حق المدعى ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون فى مجلس القاضى وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله (ولا يصح الرجوع الا عند القاضى) لانه فسخ الشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أى حاكم كان كالفسخ فى باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط فى البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غير القاضى أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقرا أنهما رجعا عند غير القاضى حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما فى الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة انهما رجعا عند قاض آخر غير الذى كان قضى بالحق حيث تقبل هنالك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا قال رحمه الله (فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) لان كلامهما متناقض

لا يقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر فى تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شئ ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع اه (قوله والتوبة بحسب الجناية) قال الاتقانى والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغى أن تكون التوبة عنها وهى الرجوع عن الشهادة الباطلة مختصا بمجلس القضاء أيضا ألا ترى الى ما روى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه بعثه الى اليمن فقال معاذ أوصنى يا رسول الله قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر واذا عملت شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية اه (قوله ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا على دعوى صحيحة اه كمال (قوله فى المتن فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) حيث قالوا اشهد بكذا لا اشهد به اه فتح وكتب ما نصه قال الكمال وكان أبو حنيفة أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء فى العدالة صح رجوعهم فى حق نفسه وفى حق غيره فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن أبى سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه فى حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضى بالضمان كما لو رجع عند القاضى الذى شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى القاضى عليه

بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال وكان أستاذنا ظهير الدين البديع يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اه (قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض) ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما اه كمال (قوله لانهما لم يتلفا شيأ على أحد بهذه الشهادة) أي لان الشهادة لا يتعلق بها حكم قبل القضاء فاذا لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت اه اتقاني (قوله في المتن وبعده لم ينقض) وذلك لان الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اه اتقاني (قوله في المتن وضمنا الخ) قال الاتقاني وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم له أنه اجتمع في هذا الاتلاف السبب (٣٤٤) والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان على الشهود كالحافر مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل الى المقضي له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضي له ولا على القاضي بالاجماع أما على المقضي له فلان رجوع الشاهد لا يصح في حق الغير وأما على القاضي فلانه كالملجا على القضاء لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرا حتى لو لم ير وجوب القضاء يكفر ولو رأى ذلك ومع هذا أخر القضاء يفسق واذا كان كالملجا كان معذورا في قضائه ثم لما لم يجب الضمان على المقضي له وعلى القاضي فتعين ايجاب الضمان على الشهود لانهم صاروا سببا لازالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا اه مع حذف (قوله لان التسبيب على وجه التعدي الخ) وذلك لانهما أقرا بانهما تعديا ووضعا الشهادة في غير موضعها وصار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبيل التعدي يوجب الضمان كما في حافر البئر وواضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره اه اتقاني (قوله لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة) قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه وأما المدعي فلانه أخذه بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطائه ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبيب اه فتح

ولهذا

فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيأ على أحد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيأ ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الامر أن يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو أبيا أن يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز أن يجرحا ولان المدعي على دعواه فله أن يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما قال رحمه الله (وبعده لم ينقض) أي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فصار نظير ما لو شهدا أن عمرا قتل بكرا بالكوفة وشهد آخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضاء يردان وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض أدى الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخير الى غير نهاية قال رحمه الله (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا) لان التسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشرا لانه ملجأ من جهتهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعي رضي الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال أنتم أيضا تناقض قولكم فانكم أوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور

(قوله وقال شيخ الاسلام) أي خواهرزاده اه (قوله وان كان عينا يجب على الشهود الضمان) قال الاتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للمقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اه (قوله وان لم يقبض المشهود له) والى هذا ذهب شمس الائمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له أم لا لانهما أزالا ملك الآخر عن العين المقضي به أو لانهما حالا بينه وبين ماله وان كان المشهود به دينا ثم رجع الشهود قبل قبض الدين لا يضمنون لانهما أتلفا وما حالا ولانهما أوجبا دينا ولا يوجب ضمان العين لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا جرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن الى هنا لفظ الشامل اه اتقاني ﴿فروع﴾ شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة • شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع • شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة (٣٤٥) وقضى به ثم رجعا تخير البائع بين رجوعه على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل اه كمال مع حذف فروع منه (قوله لان الضمان) أي ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف الخ اه فتح (قوله وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه) وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ ما لم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا اه كمال قال في الخلاصة ما نصه الشاهدان اذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا المال الذي شهدا به وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضي له المال الذي قضي به أو لم يقبض وكذا العقار اه (قوله في المتن والعبرة لمن بقي لا لمن رجع) قال الاتقاني رحمه الله والاصل هنا ما ذكروا في شرح الجامع الكبير أن العبرة في الرجوع لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للمشهود عليه ما أثبت بشهادته للمشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في ابطال ما ثبت للمشهود له وانما قلنا العبرة لبقاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المبقي كما اذا رجع أحد الثلاثة لانه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق لم يتلف منه شيء ببقاء الشاهدين اه (قوله كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ) قال الكمال وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حالة البقاء

ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب والخطأ أقوى من التسبيب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبيب فأولى أن يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء ألا ترى أن المقضي عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم تتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين أخذ العين وايجاب الدين وفي العين تتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة فانه لو أودع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره فانه يضمن المودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بأنه أبرأ من الدين أو حله أو تصدق عليه به أو وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الآدمي قال رحمه الله (فان رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع) وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضا لانا نقول يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت بها ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان

ما يلزم في الابتداء وحينئذ فبعدما ثبت شيء بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اه (قوله فعليهما الربع أثلاثا) ثلثا الربع وثلث الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اه (قوله في المتن فان رجعت (٣٤٦) أخرى ضمن) أي النسوة التسع الراجعات اه (قوله في المتن وان رجعوا) أي الرجل

لم ينعقد به ابتداء قال رحمه الله (فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن أتلف مال انسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا قال رحمه الله (وان رجع آخر ضمنا النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي أن لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا أنه عند رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي شيء فلا يجب علي الضمان برجوع غيري قال رحمه الله (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله (وان رجعتا ضمنتا النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع أثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان قال رحمه الله (فان رجعت أخرى ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة قال رحمه الله (وان رجعوا فالغرم بالاسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا أن الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى أن كل اثنتين منهن في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن وانه كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف أخماسا عنده وعندهما أنصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما أثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد

والنسوة اه (قوله ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل) فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين اه غاية (قوله ولابي حنيفة) أي لابي حنيفة أن الشرع جعل شهادة المرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فتصير شهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كأن الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعا فوجب الضمان أسداسا اه غاية (قوله كان عليهن نصف الحق بالاتفاق) على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده (١) اه فتح (قوله لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الاخريين اه فتح (قوله وذكر الاسبيجابي أنه لو رجع رجل وامرأة الخ) ما ذكره في المحيط وكذا في الاختيار على قولهما وما ذكره الاسبيجابي بناء على قول أبي حنيفة بدليل ما ذكر آخر المسئلة من قوله ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما الخ فلا سهو اذا كذا أفاد شيخنا البرهان الطرابلسي اه (قوله وان شهد رجلان وامرأة) قال الاتقاني هذه من مسائل المبسوط وانما لم يجب الضمان على المرأة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة اه

فلا

(١) قوله وعنده هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فحرر اه مصححه

(قوله بخلاف ما اذا شهد رجلان وامرأتان) أي ثم رجعوا فالضمان أثلاث لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة رجال اه (قوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة الخ) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل والمرأة نصف المال أثلاثا في قياس قول أبي حنيفة وعندهما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لان عندهما الثابت بشهادة النساء نصف الحق وبقي بشهادة المرأتين نصف الحق وعند أبي حنيفة الحق بشهادة (٣٤٧) الرجال والنساء على الشيوع

فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شيء وعنده عليه وعلى الراجعة أثلاثا على ما تقدم قال رحمه الله (وان شهدا رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها أو رجعا لم يضمنا) سواء كانت هي المدعية أو هو ومراده هذا بقوله عليه أو عليها لان المشهود عليه أتلفا عليه شيئا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما أتلفا عليها البضع بعوض متقوم وأما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وأتلفا عليه المال المتقوم عقابلته فوجب أن يضمناه مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه قال رحمه الله (وان زادا عليه ضمناها) أي ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو ينكر لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر المثل فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل أن المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعدله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها أو بعضه فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون البضع ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في النصر وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه أوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما بينا وهو أن منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما تتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا المرأة ألفا لانهما لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما أتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على ألف وذلك مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يضمنا شيئا في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضى لها عليه بألف فأتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيئا وهذا يبين أن المراد بقوله

ثم تقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس الى هنا لفظ الشامل اه اتقاني (قوله في المتن وان شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا) قال الاتقاني وانما لم يجب الضمان لان الضمان يستدعي المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العرض أعني منفعة البضع فلا يجب الضمان كما في اتلاف سائر المنافع المغصوبة حيث لا يجب الضمان عندنا خلافا للشافعي ولان منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك المرأة ألا ترى أن امرأة مريضة لو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل لم يجب لها كمال المهر بخلاف ما لو باعت في مرض موتها شيئا بأقل من قيمته وانما يجب للبضع قيمة عند الدخول في ملك الزوج ابانة لخطر المحل اه كلام الاتقاني رحمه الله (قوله قلنا البضع متقوم حال دخوله الخ) وفي الذخيرة ومنافع البضع تعتبر مالا عند الدخول فصلحت عوضا ولهذا يجوز للاب أن يزوج ابنه الصغير بمهر المثل من مال الصغير والاب لا يملك ازالة مال الصغير الا بعوض ولا يملك الاب خلع ابنته الصغيرة بمالها وان كان المسمى مثل مهر المثل اه كاكي (قوله في المتن وان زادا) وفي بعض النسخ زادا بلفظ الافراد وعليها شرح العيني اه (قوله لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض) حيث لم يدخل بازائها شيئا اه

الاأن يأتي بشيء مستنكر مالا يصلح أن يكون مهرا في الشرع وهو مادون عشرة دراهم وان أتلفا منفعة بان شهدا أنه أكرى دابته بمائة وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستأجر والمنكر صاحب الدابة لانهما أتلفا على صاحب الدابة بمجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والآخر ينكر ضمنا له مازاد على أجر المثل لانهما أتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر أجر المثل بعوض فلم يضمناه قال رحمه الله (ولم يضمنا في البيع الا ما نقص) يعني اذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمناه اذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لانهما أتلفا عليه المبيع بعوض يعدله أو يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وان شهدا عليه بأنه باع بأقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر أتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار الشرط للبائع أو باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فوجب أن لا يضمناه شيأ قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا لان البائع كان منكرا البيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا أجازه باختياره ليس له أن يرجع على الشهود لانه أتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى السبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لانهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته أو أقل لم يضمنا للمشتري شيأ لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان بأكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما أتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البائع قال رحمه الله (وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر) يعني اذا شهدا بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط لاحتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به ولتأكيد حكم الايجاب فصار كأنهما أوجبا عليه ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فقتله آخر في يده يلزم الآخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسييب والتقرر بحكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيأ اذا لم تكن من جهته وهما لما أضافا الفرقة اليه ألزماه نصف المهر فيضمنانه ذلك وينتقض هذا بمسئلتين ذكرهما في النصر احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل

بها

(قوله وهو مادون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب النكاح أن المراد به ما يستنكر عرفا هو الاصح اه

بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لولا قتله لكان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل (١) منه النكاح والشيء بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو نقول لا نسلم أن دينها يسقط بل يكون لورثتها أو تقضى به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل والابن اذا أكره امرأة أبيه فزنى بها يلزم أباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكراهه اياها ألزم أباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه ولم ترث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة أبطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي قال رحمه الله (ولم يضمنا لو بعد الوطء) يعني لو شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها أن تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين ولنا أن ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيأ حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له ولكان له أن يزوجها من انسان كملك اليمين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا وأما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيأ لكن يسقط عنها ملك الزوج ألا ترى أن ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها من زوجها وليس له أن يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال رحمه الله (وفي العتق ضمنا القيمة) أي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء الذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما أتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فأوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه بأنه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا للعبد حق العتق وبذلك تنتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة

(١) قوله منه هو اسم فاعل من أنهى كما هو ظاهر اه مصححه

(قوله في المتن ولم يضمنا لو بعد الوطء) قال في التحفة ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان تقدر المهر اتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ولو كان قبل الدخول ان كان المهر مسمى ضمنا النصف وان لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهم ولم يحصل له بمقابلته عوض اه اتقاني

على نجومها الا أنهما قاما مقام المولى فى ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان أن يملكاه كيلا يجتمع البدلان فى ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى ماعليه كما كان قبل رجوعهما فاذا أدى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه فى أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأداؤه اليهما كادائه الى المولى ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد فى الرق كان للمولى لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب المدبر فأبق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى أن يرد على الغاصب ما أخذه منه فكذا هذا ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين إما أن يكون معها ولد أو لم يكن وكل وجه على وجهين إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقى قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة ففوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لاتلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما كان عبدا له ففوتا عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لا يضمنان له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما الا أن من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كان له تركة والا فلا شئ على الابن لان من أقر على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شئ وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقى قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه لانه فى زعمه ظالمهما فلا يظلم هو وكذا فى زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكذبهما فى الرجوع وان كان له شريك فى الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ماورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذ منهما شريكه لان هذا ظالم شريكه لا ظالما له فلم يكن له دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما أن يضمنا جميع قيمتها لانهما أتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها فقضى بشهادتهما القاضى ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذه الولد من التركة والفرق بينهما أن الشهادة فى حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز أن يموت الابن أولا فيرثه الاب فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال رحمه الله (وفى القصاص الدية ولم يقتصا) أى فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا فقضى القاضى به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعى رحمه الله يقتص منهما لانهما تسببا للقتل فصارا كالمكره بل أولى لان الولى يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة أفضى الى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهما ولنا أنهما تسببا القتل ولم يباشرا لان الولى بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفا بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بآلة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة ليست فى يد

الشاهد

(قوله فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه) أى اذا لم يقبض الاب منهما غير نقصان قيمة الام اه (قوله ويرجعان على الولد بما قبض الاب) أى من نقصان قيمة الاب اه (قوله فصارا كالمكره) وهذا لان الشاهد كالمكره أيضا للقاضى على قضائه فانه لولم يروجوب القضاء على نفسه بعد الشهادة يكفر ولو رأى وأخر يفسق ثم المكره يجب عليه القصاص فبالطريق الاولى أن يجب على الشاهد اه غاية (قوله لان الولى يعان) أى يعان على استيفاء القصاص من جهة المسلمين اه (قوله والمكره يمنع) بفتح الراء اه اتقانى وقال الكاكى قوله والمكره يمنع بنصب الراء على صيغة اسم المفعول لان الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولى بمنزلة المكره اه

الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولى قتل المشهود عليه والفعل الاختيارى من المباشر يقطع النسبة الى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجأ هو الذى يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك فى حق الولى ولا فى حق القاضى لان القاضى انما يخاف العقوبة فى الآخرة ولا يصير به ملجأ لان كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة فى الآخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولى يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج فى العفو بل هو مندوب اليه فكيف يتأتى الاكراه فى حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره كالآلة له ولان أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولى بالخيار ان شاء ضمن الولى الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان الولى متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمى مثل الحقيقى فى حكم الضمان وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله وكذا عندهما ان ضمن الولى وان ضمن الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولى لانهما عاملان له فى الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطأ فقضى له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهما بما ضمنا قاما مقام الولى وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصبه منه آخر فهلك عند الثانى واختار المولى تضمين الغاصب الأول فضمنه فللغاصب أن يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك فى الجملة حتى ملكه الولى وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا الى أن يعمل فى بدله عند تعذر اعماله فى الاصل كاليمين على مس السماء ينعقد فى ايجاب الكفارة الذى هو خلف عن البر لما كان الأصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيأ ولابى حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا الاتلاف فهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولى وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما فى الخطأ فانما رجعان عليه لانهما ما ضمنا ما ملكا الدية وقد أتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على أن يعمل فى بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك فى القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد فى حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيأ لولى القتيل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسئلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك قال رحمه الله (وان رجع شهود الفرع ضمنوا) لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم فى مجلس الحكم قال رحمه الله (لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) أى لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفروع أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفروع اذ القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضى به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول فى نقل شهادتهم الى مجلس القاضى فيصل القضاء بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم حضروا بأنفسهم مجلس القاضى

(قوله ولا يصير به ملجأ) تقدم أنه يعزر لو لم يقض بعد شهادة الشهود اه قارئ الهداية (قوله بخلاف المكره) بفتح الراء اه غاية (قوله فى المتن وان رجع شهود الفرع ضمنوا) اعلم أن شهود الفرع اذا رجعوا عن شهادتهم فى مجلس القاضى بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به لان اتلاف المشهود به حصل باداءهم الشهادة فى مجلس القاضى فكان الاتلاف مضافا الى شهادتهم فوجب عليهم الضمان اه اتقانى (قوله فى المتن لا شهود الاصل) قال فى الهداية ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم قال الاتقانى هذا لفظ القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه الخلاف بين أصحابنا وكذلك أثبت صاحب الهداية مطلقا بلا ذكر الخلاف وقال فى شرح القدورى للشيخ الامام أبى نصر البغدادى هذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبى حنيفة الى هنا لفظه رحمه الله (قوله فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا) اعلم أن الفرعين لا ضمان عليهما فى هذه الصورة بالاتفاق لانهما لم يرجعا عما شهدا اه اتقانى

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما أنكروا التحميل ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا للاتلاف شئ فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختص الرجوع به بناء عليه للتناسب ولانا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بان قالوا أشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب اذا اجتمعا واضيف اليهما فان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيخير في تضمين أي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول أو نقول احداهما اشهاد والأخرى أداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الأصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة أما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم وكذلك الأصول مباشرون من حيث الحكم لان أداء الفروع منقول الى الأصول لان الفروع مضطرون من جهة الأصول الى الأداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الأداء أثموا فصار وانظير القاضي لما ألجأ الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم أي فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا قال رحمه الله (وضمن المزكون بالرجوع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بأن شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما أثنوا على الشهود فصار وافي المعنى كشهود الاحصان ولابي حنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيأ بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء من كان مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التأثير هو المعتبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة أيضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم أثنوا

(قوله لان شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول) فلا يجمع بينهما في التضمين بان يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء اه (قوله فصاروا نظير القاضي لما ألجأ الشهود) قال العيني رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات اه (قوله في المتن ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) قال أبو محمد الناصحي في تهذيب أدب القاضي وان قال اللذان شهدا عند القاضي قد أشهدانا على شهادتهما ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت اليه ولم يلزمهما الضمان وذلك لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اه غاية

عليه

(قوله في المتن وشهود اليمين) قال العيني صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بان الشرط الذي علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق فحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هي السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض اه وكتب ما نصه قال في الهداية واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ أبو المعين النسفي في أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول لان العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبته شاهدا اليمين دون شاهدي الشرط قال وافق شروح الجامع ولا يلزم (٢٥٣) على هذا اذا شهد اثنان أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى القاضي بجميع المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر مضافا الى التزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه من المهر فخرجت شهادة شهود النكاح من أن تكون اتلافا وقال الشيخ أبو المعين في شرح الجامع لم يذكر محمد ان شاهدي الشرط لو رجعا على الانفراد هل يضمنان ثم قال وينبغي أن يقال يضمنان لان ايجاب الضمان على محصل الشرط عند انعدام امكان الايجاب على صاحب العلة واجب وقال العتابي في شرح الجامع وان رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الائمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط فلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعوا الضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقلوا قول المولى أنت حر وهذا بانفراده علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هنا شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيأ سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب وما عارضه وهو الاختيار علة تامة لحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيأ كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الائمة اه (قوله في المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العيني أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر يجب عليهم أيضا اه (قوله والشرط) قال العيني صورته ما ذكرنا في شهود اليمين اه

عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وقد أوفى حقها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون أحدهما سببا للآخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم أيضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق أو التطليق وهم الذين أثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط أضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع قال رحمه الله (لا شهود الاحصان والشرط) أي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله أما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقى والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا أن حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة وأما شهود الشرط فلا يخلو اما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله أنت حر أو أنت طالق والآخرون أثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عنده الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم تعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها

بكسر الواو وفتحها اه غاية أورد كتاب (٢٥٤) الوكالة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحد من الشهادة والوكالة اعانة الغير باحياء حقه اه اتقانى (قوله وهو الحفظ فقط) ومن فروع هذا الاصل الفرع الذى ذكره الشارح أول هذا الباب وقال الكمال قال الامام المحبوبى اذا قال لغيره أنت وكيلى فى كل شئ كان وكيلا بالحفظ اه (قوله وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر ونحوه لانه عكس) ويرد على طرده نقض وهو أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل مسلما ببيعها والجواب أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ويملك تمليك غيره بيعها أيضا حتى لو وكل ذميا بذلك جاز وانما لم يجز توكيل المسلم هنا لمعنى فى المسلم وهو أنه مأمور باجتنابها وفى التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا تكون مانعة حتى لو قال قائل كل من تزوج امرأة نكاحا صحيحا حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة لانا نقول هناك جاز أيضا الا أن المنع من الوطء جاء من قبل المرأة بمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذى ثبت بالنكاح الصحيح اه وكتب ما نصه قالت الشافعية لا يجوز توكيل مسلم كافرا بقبول نكاحه لانه لا يخلو عن شائبة العبادة اه ذكر فى التاتارخانية فى كتاب السير فى نوع آخر اذا أذن الامام لذمى أن يؤمن أهل الحرب فأمنهم جاز أمانهم وليس كل من لا يملك الامان بنفسه يجب أن لا يملك الامان بالنيابة عن الغير ألا ترى أن المسلم اذا وكل ذميا أن

جاز أن تخلفها الشروط والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسى والى الاول مال فخر الاسلام على البزدوى واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدى الايقاع لانه العلة والتفويض سبب

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل فى أسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالى يملك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا أى فوضنا أمورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمى الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بأمره أى فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة الآية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج وألفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك أو هويت أو أحببت أو رضيت أو شئت أو أردت ولو قال لا أنهاك عن طلاق المرأة لا يكون توكيلا قال رحمه الله (صح التوكيل) لما بينا من الادلة قال رحمه الله (وهو اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف) أى التصرف الجائز المعلوم هذا فى الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو فى اللغة ما بينا من قبل قال رحمه الله (ممن يملكه) أى ممن يملك التصرف لان شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله فالشرط أن تكون حاصلة بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا التصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد أن يكون مالكا التصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع فى بعض الاشياء بعارض النهى ولابد أن يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبى والعبد المحجور عليهما قال رحمه الله (اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) يعنى يصح التوكيل بشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا أو عبدا محجورا عليهما والمراد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل فى العبارة فلابد أن يكون من أهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل قال رحمه الله (بكل ما يعقده بنفسه) أى يجوز التوكيل بكل شئ جاز أن يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه لان المراد به أن يعقد بنفسه لنفسه لا لما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بأمر آمره وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا فى الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل فى باب القرض لا يجب دينا فى ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض

بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله أن يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف الرسالة بالاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن أبى يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال رحمه الله (وبالخصومة فى الحقوق برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مدة السفر أو مريدا السفر أو مخدرة) أى يجوز التوكيل بالخصومة فى جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار التى ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها اذ لا يهتدى اليها كل أحد أولا يرضى بها عند الحكام كل أحد وقال عبد الله بن جعفر رضى الله تعالى عنه كان على رضى الله تعالى عنه لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها لقحما وكان اذا خوصم فى شئ من أمواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلى فما قضى عليه فهو على وما قضى له فهو لى ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان التوكيل حوالة وهى لا تجوز الا برضا المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة ألا ترى أنه لا يوكل الا من هو ألد وأشد انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التى ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه فى هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله انى أريد أن أسافر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فانه لا تخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من أصحابنا اختاروا والفتوى أن القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى الاباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى الذى ترافعوا اليه قال رحمه الله (وبايفائها واستيفائها الا فى حد أو قود) (١) أى يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا باستيفاء الحدود والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما بين وقال الشافعى رحمه الله يستوفى القصاص فى حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا أنه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا تتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته فى الاستيفاء أولان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء فى غيبة الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها أيضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر أنه مع أبى حنيفة رحمه الله الا أنه يجوزه من غير عذر ولا رضا الخصم وعند أبى حنيفة لا يجوز الا بأحدهما وقيل هذا الخلاف فى حال غيبة الموكل وأما حال حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف فى موضعه لابى يوسف رحمه الله أن الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل للابدال فى هذا الباب ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى ولا شهادة النساء ولا من الأخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات

يزوج له مسلمة جاز وان كان الذمى لا يملك التزوج بالمسلمة لنفسه اه (قوله وبخلاف الرسالة بالاستقراض) بان يقول أرسلنى فلان اليك يستقرض منك كذا الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة والسلعة أمانة فى أيديهما اه تهذيب (قوله ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها) أى الى تجويز التوكيل بالخصومة اه (قوله لقحما) بضم القاف وفتح الحاء اه والقحمة الشدة والورطة ومنه حديث على رضى الله عنه فى الخصومة وان لها لقحما وفتح القاف خطأ كذا فى المغرب اه وقال ابن الاثير ومنه حديث على رضى الله عنه ان للخصومة قحما هى الامور العظيمة الشاقة واحدتها قحمة اه وفى المصباح والقحمة بالضم الامر الشاق لا يركبه أحد والجمع قحم مثل غرفة وغرف اه

(١) وقع هنا فى نسخ المتن التى بأيدينا والنسخة التى شرح عليها العينى زيادة (ان غاب الموكل) وليست هذه الجملة فى نسخ الشرح التى بأيدينا اه مصححه

أيضا وايهما أن التوكيل تناول ماليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور واذا الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال غير أن اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله به قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع للحكم وليست بأصل والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته ولنا أن الوكيل أصل في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على انه أصل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا أضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر اضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا أضافه اليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية قلنا أن نمنع والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الخ وكذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان أصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه أجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى أن العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا لا يفيده فيه وانما يلتزم مالا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كأنه اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا أمره أن يشترى له بالنقد فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه

وكان

(قوله وكلام أبي حنيفة فيه) أى في هذا الفصل الثاني اه (قوله أظهر) أى من كلامه في الفصل الاول اه (قوله فاذا أضافه اليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة) أما اذا أضاف العقد الى الموكل فقد حكى العمادي في الفصل السابع والعشرين فيه خلافا وحكى ابن فرشتا الاتفاق على أنها تتعلق بالموكل وعزاه للفصول وفيه ما فيه اه

وكان القياس أن لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذى أمره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالبيع فيخرج من أن يكون متبرعا ولو أمره بالشراء نسيئة فاشتراه كما أمره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة أيضا الى أن المحجور عليه لا تتعلق بها الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتتعلق بالموكل كما في الرسول والقاضي وأمينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان أصيلا فيه فانتفاء اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من أهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فان أسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال رحمه الله (وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أى في كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن أضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتمليك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز أن يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير أصل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير نظيره ما لو قال بع شيأ من مالك على أن يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يمنعه من الامر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل أجنبي عن المحل فلا يمكن أن يكون أصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن أجنبيا بل أصيلا فيه قال رحمه الله (وللمشترى منع الموكل عن الثمن) يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طالب المشترى بالثمن له منعه لان الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله (وان دفع اليه) أى الى الموكل (صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه فلا فائدة في

(قوله لكن التوكيل بالاستقراض باطل) قال قاضيخان رحمه الله وان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا يستقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض للموكل يكون القرض للوكيل اه وكتب ما نصه قال قاضيخان رحمه الله ولا تصح الوكالة بالمباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء واستخراج الجواهر من المعادن فما أصاب الوكيل شيأ من ذلك فهو له وكذا التوكيل بالتكدي اه وكتب ما نصه قال في القنية في باب مسائل متفرقة من كتاب الوكالة التوكيل بالاستقراض لا يصح والتوكيل بقبض القرض يصح بان يقول لرجل أقرضني ثم يوكل رجلا بقبضه صح اه قال قاضيخان في فتاواه ولو وقعت المنازعة بين الوكيل بالاستقراض وبين موكله فقال الوكيل قبضت المال من المقرض ودفعت الى الموكل وأنكر الموكل لا يقبل قول الوكيل لان الوكيل يريد بهذا الزام المال على الموكل فلا يقبل قوله في ايجاب المال على الموكل اه (قوله ونظير التوكيل بالشحاذة) قال في المجمع في باب الذال المعجمة والشحاذ الملح في مسئلته وعوام العراقيين يقولون شحاث بالثاء ويخطئون فيه اه

(قوله باب الوكالة بالبيع والشراء) كذا ترجم في الهداية وقال عقبه فصل في الشراء قال الاتقاني رحمه الله قدم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الابواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة الى الوكالة في ذلك ثم قدم فصل الشراء لان الشراء مثبت لما هو الاصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اه (قوله كما لو وكله بشراء فرس أو حمار) قال الاتقاني نقلا عن الاصل لمحمد واذا قال له اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشتر لي بغلا فان اشترى له شيأ لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الآمر ولزم المشتري واذا أمره أن يشتري له ثوبا فان ذلك لا يلزم الآمر وان سمى الثمن فان ذلك أيضا لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة فان قال اشتر ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز اذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب فان سمى له ثمنا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الآمر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر فان وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الآمر اه (قوله وقال بشر لا تجوز) أي وهو القياس اه قال الاتقاني وقال بشر المريسي تمنع وان كانت يسيرة لانها تمنع الامتثال اه ويقول بشر قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان المعقود عليه اه كي (قوله وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية) وجعل جهالة النوع عفوا ولان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تتصرف الوكالة الى ما يليق بحال الموكل اه اتقاني (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلا عن قاضيخان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية ان بين

نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به وأما الموكل في مسئلتنا فتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة أو حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء أن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما كما لو أبرآه معا فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول أبي يوسف استحسان ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى ان الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يتعين ملك الآمر في المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن اذا أعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما باعا من مال الصغير

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

الاصل أن الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروي أو مروي أو نحو ذلك فانه تجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا تجوز والحجة عليه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو أن عاميا وكل رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد أو جارية ان بين

الثمن

الثمن أو الصفة بان قال تركيا أو هنديا أو روميا صحت الوكالة وان لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لان اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الانواع وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه لانها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وان لم يبين ألحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلاف المحلة وبما سمى من الثمن وكذا لو قال اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لان الحنطة تتناول القليل والكثير فما لم يبين المقدار أو الثمن (١) اه (قوله وحرجوا) حرج صدره ضاق حرجا من باب لبس اه مغرب (قوله في المتن وبشراء عبد أو دار) قال محمد بن الحسن في الاصل واذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا فان هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والجواري مختلفون فان وكله أن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو سمى جنسا من الاجناس فان ذلك جائز أيضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اه غاية ثم قال في الاصل واذا وكله أن يشتري له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم الآمر ولا يجوز عليه وقالوا في شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة وان سمى ثمن الدار وبين جنس الدابة والثوب جاز اه غاية (قوله في المتن جاز ان سمى ثمنا والا لا) أي وان لم يسم الثمن لا يجوز وهذا اذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما اذا بين فحينئذ يجوز كما سيصرح به الشارح رحمه الله تعالى اه (قوله بان قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة) أي جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة اه اتقاني

الثمن أو النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم تجز لانه ببيان الثمن يعلم من أي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة قال رحمه الله (أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمنا أو لا) لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس المثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروي على أي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال رحمه الله (وبشراء عبد أو دار جاز ان سمى ثمنا والا لا) لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من أي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني آدم ولهذا جعل رؤية الوجه من بني آدم كرؤية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانها انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه أولى أن تجوز قال رحمه الله (وبشراء ثوب أو دابة لا وان سمى ثمنا) يعني لو وكله بشراء دابة أو ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من أنواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل أن يقول اني عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا أن الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت أنواعا فان ذكر الثمن أو النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رأيه فأي شيء اشتراه يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي بألف ثيابا أو دواب أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أو أدنى شيء حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشتر لي بألف أو بع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البائع قابضا للآمر أولا بحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكأنه قال اشتر لي ما بدا لك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال أذنت لك أن تشتري به

(١) قوله فما لم يبين الخ هكذا في الاصل وهنا سقط ظاهر ولعله لا يجوز أو نحو ذلك اه مصححه

(قوله فى المتن وبشراء طعام الخ) قال فى الهداية ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها اه (قوله وجه الاستحسان الخ) قال الاتقانى وجه الاستحسان أن الطعام فى عرفهم يتناول الحنطة ودقيقها اذا ذكر مقرونا بالشراء ولهذا يسمى عندهم السوق الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ترك القياس به لان العرف أقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص اه (قوله وقيل) هذا قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى اه غاية (قوله لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه) ولهذا قالوا اذا سلمه الى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لانه خرج من الوكالة وانقطع حقه كذلك هكذا قال محمد بن الحسن فى الجامع الكبير الوكيل (٣٦٠) بالشراء اذا اشترى جارية ودفعها الى الآمر ثم علم بعيب فانه لا يردها الا برضا الآمر فان لم يدفعها الى الآمر فله أن يردها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الآمر بردها صح رضاه وابراؤه فى حقه دون الآمر حتى كان للآمر أن يأخذ الجارية مع العيب وان شاء تركها على المأمور وضمنه الثمن قالوا فى شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجة لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبى يوسف فى مسئلة الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن فلو لم يكن الابراء عن الثمن صحيحا فى حق الآمر لم يصح الابراء عن العيب ههنا أيضا اه غاية (قوله واختلف المشايخ) قال الاتقانى ومنهم أى المشايخ من قال لا بل صح الابراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفرقوا لابى يوسف (١) (قوله فعلماتهم صححوا ابراءه) أى ابراءه عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله وفرقوا بين هذا) أى بين ابراء الوكيل بالشراء عن العيب اه (قوله وبين الابراء) أى وبين ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن اه (قوله وان شاء رده على الوكيل) فان لم يختر الآمر شيأ حتى هلكت فى يد المأمور فانها تهلك من مال الآمر لان يده كيد المالك فى حق الملك ولم يحدث منعا ويرجع الآمر على المأمور بنقصان العيب لان الآمر يشترى منه حكما وقد وجد بها عيبا وعجز عن ردها بموتها فى يده حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعورت فى يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب لان الاعورار عيب حدث فى يد الآمر حكما اه غاية (قوله ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفى الثمن الخ) واذا وجد الموكل به عيبا رده عليه واذا اختلفا فى الثمن تحالفا اه

المبايعنا قال رحمه الله (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) أى لو وكله بشراء طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشترى له غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقرونا بالبيع أو الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقى على حقيقته فيحنث بأكل أى طعام كان حتى لو حلف لا يشترى أو لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق فى ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها وجاز له أن يشترى الخبز له لان حاله يدل على أنه ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو فى الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لى طعاما لم يجز على الآمر لانه وكله أن يشترى له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر فيما يسمى له قال رحمه الله (وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) يعنى من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به قال رحمه الله (ولو سلمه الى الآمر لا يرده الا بأمره) لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان فى رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه أصيل فى حق الحقوق نائب فى حق الحكم على أصح الاقوال فكان له جانبان فجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضى الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا أنه أصيل فى الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابراء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف المشايخ على قول أبى يوسف رحمه الله فعلماتهم صححوا ابراءه وفرقوا بين هذا وبين الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضرا به لاحتمال أن يكون المشترى أملأ من الوكيل فاذا برئ يبقى دينه فى ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضى بالعيب وأخذه وان شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه ولا يسقط خياره به وهذا لان بينهما مبادلة حكمية كأن الوكيل باعه من الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفى الثمن من الموكل فاسقاط حقه فى العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله (وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله)

(١) قول المحشى وفرقوا لابى يوسف هكذا فى الاصل لم يكتب بعد هذا شيأ ولعله اكتفى بما فى الشارح من الفرق اه مصححه

(قوله ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه) أى وله أن يرجع بنقصان العيب اذا هلك عند الموكل اه غاية (قوله ولو اختلفا فى الثمن تحالفا) والتحالف من خواص المبادلة اه غاية (قوله لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه) قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن المبيع الى أن يستوفى الثمن ثم قال حكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك لان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبله قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه وطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظه فى الاصل وقال فى الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء اذا اشترى (٣٦١) بالنسيئة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الآمر ونقله عن باب الوكالة بالشراء من وكالة الكافى اه اتقانى (قوله ويكون قبضه قبض الموكل) واذا سلمه حقيقة سقط حق الحبس فكذا اذا سلمه حكما ولان الوكيل أمين ألا ترى أنه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للامين حق الحبس بعد طلب المودع اه غاية (قوله فى المتن فلو هلك فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) وذلك لان المبيع أمانة فى يد الوكيل لانه قبضه للموكل وليس على الامين شئ ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما اذا هلكت الوديعة فى يد المودع اه اتقانى (قوله أو تبين به أنه قبضه لنفسه) أى قبضه لنفسه لا للموكل واذا وقع القبض للوكيل لم يوجد التسليم منه الى الموكل اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد) قال الاتقانى قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا لفظ القدورى فى مختصره ولم يذكر قول أبى حنيفة فيه كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك وقال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع الصغير قول أبى حنيفة مثل قول محمد اه (قوله لانه ليس له أن يحبسه عنده) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والمبيع فى يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو كثر والمغصوب وهو مضمون بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة ان كان قيميا بالغة ما بلغت والمشترى اذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لان من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا ولنا أن الوكيل كالبائع من الموكل لان الموكل انتقل الملك اليه من جهته ثم الوكيل قد عين حق الموكل فى المشترى حيث اشتراه له فوجب على الموكل أيضا أن يعين حق

أى الوكيل بالشراء اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذى دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشترى منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه ولو اختلفا فى الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو أذن صريحا فيرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه وهذا لانه لما نزل منزلة المشترى منه أخذ حكمه والمشترى لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بائعه حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بائع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن أو لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع أمانة فى يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم أن قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لاحياء حق نفسه ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين فى الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم عليه بشئ ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ فى سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله (فلو هلك فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل فى القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فلم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الآمر فكان له أن يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس أو تبين به أنه قبضه لنفسه قال رحمه الله (وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع) يعنى يهلك بالثمن وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له أن يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا كالمودع

بمنع الوديعة عن صاحبها وقال أبو يوسف رحمه الله هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبسه يحققه أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوسا به وأن أصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من أول ما وجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما أن بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم أن العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع وكذا لو رضى الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشائع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني قال رحمه الله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم تتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل لفقد شرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى أن التوكيل فيهما جائز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف مجرى على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فانما يجوز بدفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا قال رحمه الله (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول أبي يوسف

الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط والا رجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبائع وجه قول أبي يوسف أنه ليس ببائع حقيقة الا أنه يحبس المشترى بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله ثم قال ثمرة (٣٦٢) الخلاف تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا تفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيرا أو قليلا لانه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شئ أصلا اه وقال الكاكي رحمه الله وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا كانت قيمته عشرة مثلا والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضا ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شئ عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اه (قوله بعد أن لم يكن مضمونا به) يعني لم يكن مضمونا في الابتداء كما قال زفر وانما صار مضمونا بالحبس اه (قوله قلنا الخ) فيه نظر لتوله تسليمه ان المبادلة الحكمية الواقعة بينهما معتبرة بالحقيقة فلا يستقيم اذا أن يقال انهما يملكانه بعقد واحد ويتم به الفرق اه تأمل (قوله وهذا مشكل فان الوكيل أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب اه ع (قوله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) وهذا لان محمدا قال في الاصل في آخر باب الوكالة في الشراء واذا وكله أن يشترى له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأمور عشرة أرطال بنصف درهم الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

يوسف رحمه الله أن هذا خلاف الى خير لان المأمور به صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوى عشرين رطلا منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الآمر تناول ما يساوى عشرة أرطال منه درهما بدرهم ووجه الاول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر بخلاف ما استشهد به لان الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوى كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على أجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة لانه لا يكون موافقا بمثله عنده كما اذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شئ عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيها شرط لانا نقول ذلك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل وأما اذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الآمر وهذا لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين فينفذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله (ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه) معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه) كان المشترى له لان له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولاه أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شئ بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوجها لان النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى أحد فكل شئ أتى به لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلقات الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أى صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشترى له ذلك الشئ بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثانى لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل) لانه خالف أمره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا

وسلم وكل عروة البارقي ليشترى له أضحية واشترى شاتين فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولانه أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن أن سعر اللحم عشرة بدرهم فاذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الآمر اه اتقاني (قوله لانه خالفه الى شر) لان الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول اه (قوله فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر) ولا يلزم علينا (٣٦٣) الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة اه اتقاني (قوله وبخلاف ما اذا وكله أن يشترى الخ) ذكر في التتمة وقال اذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل منهما يساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما لاني لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ونقله عن المنتقى اه اتقاني وكتب أيضا قوله وبخلاف جواب اشكال على أبي حنيفة اه (قوله لان ثمن كل واحد منهما مجهول) الفرض أن صورة المسئلة فيما اذا كان يساوى كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اه قارئ الهداية (قوله في المتن ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه) وهذا اذا لم يعين الثمن أما اذا عين فخالف فسيأتي اه (قوله معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه) وذلك لانه يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو حرام اه غاية (قوله حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه الخ) قال الاتقاني ولانه لو صح شراؤه لنفسه يلزم منه اخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لانه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود فاذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اه (قوله في المتن فلو اشتراه الخ) قال في تتمة الفتاوى الوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشترى لنفسه بنفسه لا يصح الا اذا خالف في الثمن الى خير أو الى جنس غير الذي سماه الموكل واذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اه غاية (قوله أو بخلاف ما سمى له من الثمن) كما اذا وكله

بأن يشترى بألف درهم فاشتراه بألف دينار اه ابن فرشتا (قوله وبخلاف الوكيل بالطلاق) قال فى الفتاوى الصغرى فى مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الاجنبى أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب (١) عبارته فى أول وكالة العيون وفى مسائل شتى من النوازل وكذا الوكيل الوكيل رجلا فطلق الثانى لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثانى بحضرة الاول أو فعل أجنبى ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب الفتاوى (٣٦٤) الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برأيه فاذا كان الوكيل الثانى فعل المأمور به بحضرة الوكيل الاول وجد رأى الاول وكذا اذا فعل أجنبى فأجازه الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأى كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا تتحقق فيما لا يحتاج فيه الى الرأى كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثانى وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثانى وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله أعلم اه اتقانى (قوله فى المتن وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل) قال فى التهذيب ولو وكله بغير عينه انما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو بصريح ذكره أو يشترى بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اه (قوله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد اليه) لا الدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فان نقد من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل اه غاية وأعلم أنه اذا أضاف الوكيل العقد الى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوى الوكيل العقد لنفسه أو يطلق فى أن العقد يقع للموكل كما يأتى ذلك صريحا فى كلام الشارح آخر هذه الصفحة فى قوله فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك والله الموفق اه (قوله وان اختلفا فى النية) فقال الموكل اشتريته لى وقال الوكيل اشتريته لنفسى اه

وبخلاف الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثانى أو أعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رأيه لان الوكيل فى الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشئ بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل فى البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فأجازه الوكيل جاز وفى الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله (وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل الا أن ينوى للموكل أو يشتريه بماله) أى ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل أو يشتريه بماله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه إما أن يضيف العقد الى ثمن معين أو الى مطلق من الثمن فان أضافه الى معين كان المشترى لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر أنه يضيف الشراء الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من أن يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان أضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو إما أن يتصادقا على وجود النية لاحدهما أو على عدمها أو يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به فى هذه الحالة لان له أن يشترى لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا فى النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعا أو يجرى على عوائده وان اتفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج اذا أطلق ولم ينو أنه للمحجوج عنه وعند أبى يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فبقى موقوفا فن أى المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المأمور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له العقدان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد وان تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذى ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أبى يوسف ومحمد

(١) قول المحشى لان المطلوب وقوله بعده عبارته هكذا فى الاصل والكلام هنا منقطع فارجع الى النسخ الصحيحة اه مصححه

(قوله لان النقد فيه أثر فى تنفيذ العقد) حتى اذا لم ينقد رأس المال فى المجلس بطل السلم اه (قوله معناه أمره بان يشترى له عبدا بألف مثلا فقال المأمور اشتريت لك عبدا) ظاهره يقتضى أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما اذا أمره بشراء عبد غير معين وعلى هذا فان حمل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ماذكره المصنف من المسائل التى لا خلاف فيها بين الامام وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم وان حمل كلام المصنف على ما اذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حى فيكون قوله فالقول للآمر أى على قول أبى حنيفة أما عندهما فالقول للمأمور وأما قول المصنف وان كان دفع اليه الثمن الخ فما لا خلاف فيه على كل حال هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب اه وكتب أيضا قال فى الهداية قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر قال الاتقانى (٣٦٥) أى قال محمد فى بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يأمر الرجل أن يشترى له عبدا بالف درهم فجاء المأمور فقال اشتريت لك عبدا بألف درهم وقبضته فمات وقال الآمر اشتريت عبدا بألف درهم وقبضته ومات عندك وانما اشتريته لنفسك قال القول قول الآمر الى هنا لفظ محمد فى الجامع الصغير وهى من الخواص وهذه المسئلة على أوجه اما أن يكون الوكيل مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد قائما أو هالكا فان كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل اشتريت وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهى مسئلة الكتاب اه والظاهر أن صاحب الكنز رحمه الله أراد ماذكره صاحب الهداية (٣٤ - زيلعى رابع) والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه اه (قوله وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون الخ) معينا حيا والثمن منقود (القول للمأمور) معينا حيا والثمن غير منقود (القول للمأمور) معيناها لكا والثمن منقود (القول للمأمور) معيناها لكا والثمن غير منقود (القول للآمر) منكرا حيا والثمن منقود (القول للمأمور) منكرا حيا والثمن غير منقود (عنده للآمر وعندهما للمأمور) منكرا هالكا والثمن منقود (القول للمأمور) لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة منكرا هالكا والثمن غير منقود (القول للآمر اتفاقا) لانه أخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر اه (قوله حيث لا يثبت النكاح) وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لا يصح الا ببينة اه غاية (قوله وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه الخ) بقى من الاوجه الثمانية ما اذا كان العبد بغير عينه وهو هالك والثمن منقود أو غير منقود وانما لم يذكرهما الشارح رحمه الله لان حكمهما يعلم مما تقدم

ومحمد فى الشراء فيما اذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف فى السلم لان النقد فيه أثر فى تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لأبى يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين فى الوكالة فاذا اشترى بثمن مؤجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله (وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وان كان دفع اليه الثمن فللمأمور) معناه أمره بأن يشترى له عبدا بألف مثلا ثم قال المأمور اشتريت لك عبدا وقال الآمر اشتريته لنفسك كان القول قول الآمر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمأمور وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشرائه والعبد حى قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود لانه أخبر عن أمر يملك استئنافه والمخبر به فى التحقيق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهى فى العدة وكذبته فان القول له وبهذا وقع التفصى عن الولى اذا أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود بخلاف الشراء فانه يقدر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وأنكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان أمانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى أمره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه مخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمأمور لانه أخبر عما يملك استئنافه فيصح كما فى المعين وعند أبى حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله فى الخروج عن العهدة وفى ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن

حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله أن الثمن ان كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر قال رحمه الله (وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الآمر أخذه فلان) أي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني أشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته فانه يأخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بأنه وكله فاذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله (الا أن يقول لم آمره به) أي الا أن يقول فلان المشتري له لم آمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (الا أن يسلمه المشتري اليه) أي الى فلان المشتري له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشتري له وأخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيأ بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشتري له ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض قال رحمه الله (وان أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما صح) لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له أنه يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا فيما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله (وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالاكثر لا الا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) أي لو وكله بشراء العبدين بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصف الالف أو أقل جاز الشراء وبأكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبأكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا أن يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل أن يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من أن يبقى من الالف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه قال رحمه الله (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور والالف عليه فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم

والله أعلم اه (قوله حال حضرة الموكل) (٣٦٦) هكذا هو بخط الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما تقدم عند قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه أن الموكل لو كان حاضرا وصرح الوكيل بشرائه لنفسه كان المشتري له وهكذا هو في الهداية وشرحها فتأمل اه (قوله فحينئذ لا يأخذه) أي وان قال بعد ذلك أمرته لان اقرار المقر ارتد برد المقر له فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه اه اتقاني (قوله فتكون العهدة عليه) يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي كانت العهدة للآخذ على المشتري كذا فسر فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان وهو المفهوم من كلام محمد رحمه الله اه غاية (قوله فلا بد من أن يبقى من الالف الخ) قال في الهداية قال ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل كان له على آخر ألف درهم فأمره الذي له المال أن يشتري له بها هذا العبد فاشتراه قال جائز فان أمره أن يشتري له بها عبدا بغير عينه فاشتراه فاذا قبضه الآمر فهو له وان مات في يد المشتري قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري والالف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لازم للآمر في الوجهين جميعا اذا قبضه المأمور للآمر الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اه (قوله فان قبضه الآمر فهو له) قال الاتقاني فان دفعه الى الآمر فهو له لانه يقع البيع بينهما ابتداء

للآمر في الوجهين وعلى هذا اذا قال الدائن للمدين أسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله أن التوكيل بالشراء اذا أضيف الى دين لا يصح عند أبي حنيفة اذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا وعندهما يصح كيفما كان لهما أن النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا أو دينا ولهذا لو اشترى شيأ بدراهم على المشتري ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كما في غير الدين حتى اذا وكله بأن يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق على ما لي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو آجر حماما بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة أو آجر دابته وأمر المستأجر أن يشتري بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع أو المبيع متعينا ولابي حنيفة رحمه الله أن النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين وأسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البائع أولا قابضا له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين للبائع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير يتنصب نائبا عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شيء علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح وأما مسألة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستأجر لا يجد الاجرة في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض وأما مسألة التصادق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت أو عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاها الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه الله والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على المأمور حتى اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للآمر قال رحمه الله (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة (بألف دفع اليه فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للمأمور) يعني اذا كانت الامة تساوي ألفا لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول

بسبيل التعاطي لانه دفعه على جهة التمليك وبيع التعاطي جائز عندنا بما عز من الاموال أو خس اه (قوله وأصله أن التوكيل الخ) قال الاتقاني والحاصل أنه اذا أمر غريمه أن يشتري له بما عليه شيئا فان عين المبيع أو البائع جاز اه (قوله لهما الخ) قال الاتقاني لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف في كتاب الصرف فكما لا يتعينان اذا كانتا عينا لا يتعينان اذا كانتا دينا ولهذا الخ اه (٣٦٧) (قوله على المشتري) المراد بالمشتري هنا الوكيل وكان الاولى أن يقول على البائع كما قال الاتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيأ بدين له على البائع ثم تصادقا على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اه (قوله ثم هلك العين) هكذا بخط الشارح وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله ثم كشطه وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله ما نصه أي الآمر أو الوكيل وانما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اه ما كتبه بخطه وقال في الهداية ما نصه ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اه قال الاتقاني قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية فقال بالاستهلاك تبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم اه (قوله كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت) أي أو ألقه في البحر بخلاف ما اذا قال أعط مالي عندك من العين من شئت أو ألقه في البحر كان التوكيل صحيحا لان الموكل يملكه اه غاية (قوله وقبض حقه) هكذا هو بخط الشارح وعبارة الكافي وغيره في قبض حقه اه (قوله الأجرة) كذا بخط الشارح وعبارة غيره الاجر اه

قوله وان كانت تساوى خمسمائة لا تلزم الآمر لانه خالف أمره اذ الامر تناول أمة تساوى ألفا فينفذ على المأمور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر لان المأمور لا يملك أن يخالف الآمر ولا أن يشترى بغبن فاحش ولا فرق فى ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرنا انه مخالف قال رحمه الله (وان لم يدفع فللآمر) أى ان لم يدفع الآمر الالف الى المأمور والمسئلة بحالها كان القول للآمر وتلزم الامة المأمور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ قال رحمه الله (وبشراء هذا) أى بوكالة بشراء هذا العبد (ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال الآمر بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيخان وهو أصح ومال أبو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو أجنبى عنهما وان لم يستوف فهو أجنبى عن الآمر فلا مدخل له بينهما وقال فى الهداية وهو أظهر وقال فى الكافى هو الصحيح وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعى ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين المدعى دون المنكر اذ ذلك لا بد منه والموكل بمنزلة المشترى وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكرا فكان بأخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه له بألف وان اختلفا فيه فقال الآمر أمرتك أن تشتريه لى بخمسمائة وقال المأمور أمرتنى بالشراء بألف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشترى والالف لسيده وعلى المشترى ألف مثله) أى لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف والآمر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء أنا أشترى عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين أنه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشترى والالف الذى أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا ويجب على المشترى أو على المعتق الالف وأصله أن بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس بأهل للملك أولا ستحالة أن يملك نفسه فيجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل فى ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون

(قوله وان كانت قيمتها ألفا) قال الاتقانى وان كانت تساوى ألفا فالقول قول الآمر أيضا قالوا فى شروح الجامع الصغير يتحالفان فيه وتلزم الجارية المشترى فانه أطلق فى الكتاب فى هذا الفصل وقال القول قول الآمر ولم يفصل بينما اذا كانت قيمتها ألفا أو أقل وكان ينبغى أن يكون القول قول المأمور اذا كانت تساوى ألفا لانه اشتراها بألف فقد وافق الآمر (قوله وقيل لا يتحالفان) أى ويلزم العبد الآمر اه (قوله وقال قاضيخان وهو أصح) قال الاتقانى رحمه الله ولم يذكر الامام فخر الدين قاضيخان قول أبى منصور وكأنه جعل قول أبى جعفر أصح اه وظاهره أن قاضيخان لم يصرح بالتصحيح بخلاف ما ذكره الشارح والله أعلم اه لـ (قوله وان لم يستوف فهو أجنبى عن الآمر فلا مدخل له) أى لانه لم يقع العقد بينهما فلا يصدق على الموكل فاذا لم يعتبر تصديق البائع بقى الخلاف بين البائع وهو الوكيل وبين المشترى وهو الموكل فوجب التحالف اه غاية (قوله لان الوكيل هو المدعى) لانه بمنزلة البائع من الموكل اه (قوله ويجب على المشترى) أى فى المسئلة الثانية وهى قوله وان قال اشتريته اه (قوله أو على المعتق) أى فى المسئلة الاولى وهى قوله وبشراء نفس الآمر من سيده الخ اه

له أو لموكله اذ الكل بيع والوكيل أصيل فيه فى الحالين حتى تتعلق به الحقوق فى الحالين فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا أحدهما اعتاق معقب للولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه خلاف العتق فلا بد من رضاه بأحدهما على الرضا بالآخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى أو على العبد اذا عتق ألف مثلها ثمنا أو بدل العتق لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين أنه يشترى العبد فقد ذكر محمد فى باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر فى وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفى وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد فى العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغنى عن اضافته الى العبد الآمر له فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الآمر كما اذا كان الآمر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله (وان قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان ففعل فهو للآمر وان لم يقل لفلان عتق) أى اذا قال رجل لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعنى نفسى لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للآمر وان أطلق العبد بأن قال بعنى ولم يقل لفلان عتق وأصله أن العبد يصلح أن يشترى نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبى عن نفسه فى حكم المالية الا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفى البدل لان العبد فى يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا أضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا أضاف الشراء الى نفسه بأن قال بعنى نفسى لنفسى عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشراء شئ معين فوجب أن لا يجوز له شراؤه لنفسه لانا نقول أتى بجنس آخر من التصرف لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشراء شئ معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وان أطلق بأن قال بعنى نفسى ولم يقل لى ولا لفلان عتق أيضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلماء لانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون فى ذمة العبد فى الوجهين دون ذمة الآمر أما اذا وقع الشراء له فظاهر وأما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع هو به على الآمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعنى نفسى لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق كالنكاح ولا يتولى طرفى العقد فى البيع

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) وذلك مثل قرابة الولاد

(قوله لوجود القبض بمجرد العقد) يشكل عليه قوله فى الفصول العمادية ولو كانت وديعة فباعه يحتاج الى قبض جديد لان غير المضمون لا ينوب عن المضمون اه ﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المتمم للفصل المتقدم للبيع وذكره بعد فصل الشراء لان الازالة تستدعى سابقة الاثبات اه (قوله وذلك مثل قرابة الولاد) كأبيه وجده وأمه وولده وان سفل اه

(قوله وعبيده) أى ومكاتبه ومدبره وأم ولده اه (قوله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) وتخصيص قولهما بمثل القيمة اشارة الى أنه لا يجوز بالغبن اليسير والا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر فى الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسير لان اليسير ملحق بالقيمة وسيأتى هنا عن النهاية مثل ذلك اه (قوله لان الاملاك متباينة) ألا ترى أن للابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متباينا لم يكن له ذلك لان وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تباين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعا وشراء كالعقد مع الاجنبى ولهذا لم يحصل للوكيل شئ من المبيع أصلا فكان العقد صحيحا بخلاف ما اذا باع من عبده الذى لا دين عليه لانه وما فى يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا اذا باع من عبده وكذلك اذا باع من مكاتبه لان الرق باق فى المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما اذا باع من عبده الصغير لانه بيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اه اتقانى وكتب على قوله فى هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما اذا باع من عبده الذى لا دين عليه وقيده فى المبسوط من عبده الذى لا دين عليه كما هنا لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه (٢٧٠) اشارة الى أنه اذا كان عليه دين يجوز اه (قوله بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك

وأحد الزوجين للآخر وعبده وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك ملكه وله فى مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولابى حنيفة رحمه الله أن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر بخلاف المضارب لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه فى الربح فلا يلحقه التهمة فى البيع بمثل القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل فجوزوا فيه البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا أن نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل وأما اذا أطلق له بأن قال له الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر فى النهاية أن الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفى رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا أنه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفى الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احداهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة) يعنى الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير الخ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فى مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة أو الى أجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل

ملكه له وله فى مال مكاتبه حق) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو يشترى من نفسه لم يجز أيضا وكذلك اذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز كأنه باع من نفسه ولو باع من نفسه لم يجز وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه لم يجز بالاجماع وان باعه من أبويه وان علوا أو باعه من أولاده وان سفلوا أو باعه من زوجته أو الزوجة اذا باعته من زوجها أو باعه ممن لا تجوز شهادته له لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز ولو أمر الوكيل بالبيع من هؤلاء وأجازله ما صنع فبيعه من هؤلاء جائز بالاجماع الا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز بها وكذلك حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هؤلاء الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى ﴿ فرع ﴾ ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا والشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبه وعن أحمد فى رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعى اذا لم يحاب لعدم التهمة وقلنا لو جاز يؤدى الى التضاد فى الاحكام فانه يكون مسترذا ومستنقصا أيضا ومخاصما فى العيب ومخاصما وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو قال له بع من نفسك أو اشتر من نفسك لم يجز أيضا كذا فى شرح الكافى اه من خط قارئ الهداية (قوله وتباين الاملاك الخ) أى قدر ذلك التباين لما لم يؤثر فى قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر وجوده كعدمه اه ك (قوله فجوزوا) أى فجوز بعضهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج الى الفرق اه (قوله ولا يجوز الا بالدراهم) أى أو الدنانير اه وقال فى الاسرار وروى الحسن رواية عن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن الناس فى مثله وهو قولهما وقول الشافعى كقولهما كذا فى المختلف وشرح الاقطع اه اتقانى ﴿ فرع ﴾ لو وكل رجلا بعتق عبده غدا أو بيعه غدا فعتقه أو باعه بعد غد جاز خلافا لزفر ذكره الكرمانى فى مناسكه وقد نقلت عبارته قبيل باب الهدى فارجع اليه اه (قوله لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف) قال فى التتمة الوكيل بالبيع

المطلق اذا باع بثمن مؤجل قيل على قول أبى حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز بأجل متعارف فى تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن أبى يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال فى التتمة وذكر فى الباب الثانى من شرح بيوع الكافى أن الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسيئة عندنا خلافا للشافعى ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول أبى حنيفة طالت المدة أو قصرت وعندهما لا يجوز الا بأجل متعارف فى تلك السلعة وهو المأخوذ اه اتقانى رحمه الله (قوله متعارف عند شدة الحاجة) واطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اه غاية وكتب أيضا على قوله متعارف ما نصه فالعرف مشترك اه كافى وكتب أيضا فان الناس يقولون هذا بيع رابح وذلك بيع خاسر وذلك بيع عدل فلولا أن البيع بغبن فاحش يكون بيعا لم يصح اطلاق البيع عليه اه غاية (قوله ويستحق الكل بالشفعة) (٢٧١) قال فى الكافى والبيع بغبن فاحش بيع من كل

بها عواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوى ألفا بعشرة الى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصى فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابى حنيفة رحمه الله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة اذا لم يكن فى لفظه ما ينفى ذلك كقوله بعه واقض بدينى أو النفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من أن يكون بيعا فى العرف ولا فى الحقيقة ولهذا لو حلف أن لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة فى الهبة وانما لا يملكه الاب ولا الوصى لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر فى الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية فى مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك فى البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول أبى حنيفة رحمه الله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشترى مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شئ بعينه حيث لا يكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه بأكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال رحمه الله (ويتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) أى تقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابى حنيفة رحمه الله قد ذكرناه وفرق آخر أن أمره بالبيع يلاقى ملك نفسه وفى الشراء ملك غيره وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية فى ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة

وجه فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ولهذا يستحق الكل بالشفعة اه (قوله والوكيل بالشراء الخ) قال الاتقانى وأما الوكيل بالشراء انما لم يجز له الشراء بغبن فاحش على احدى الروايتين عن أبى حنيفة للتهمة لانه من الجائز أن يشتريه لنفسه ثم لما رأى فيه الخسران ألحقه بالآمر حتى لو انتفت التهمة بان كان وكيلا بشراء شئ بعينه جاز شراؤه على الآمر عند أبى حنيفة أيضا لعدم التهمة اه فقوله حتى لو انتفت التهمة الخ مخالف لقول الشارح بخلاف الوكيل بشراء شئ بعينه اه (قوله ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه) نقل فى التتمة والفتاوى الصغرى عن باب الوكالة بالسلم أن تقييد التوكيل بشراء الاضحية والجمد والفحم مروى عن أبى يوسف أما عند أبى حنيفة يعتبر الاطلاق يعنى لا يتقيد بزمان الاضحية والصيف والشتاء وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول انما يتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد كالفقاعين وغيرهم لا يتقيد كذا قال الامام علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وكذلك الاضحية تقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه من عهدة الوجوب الذى يلحقه فى أيام تلك السنة اه غاية (قوله والمسائل) أراد بها مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية اه (قوله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه الخ) لان كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعا وثمنا وبفترق أحد الامرين من الآخر بدخول حرف الباء التى تصحب الاثمان فعلى أيهما دخل الباء يجعل ذلك ثمنا والآخر مبيعا فاذا كان بيع المقايضة بيعا من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اه غاية (قوله حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش) قال فى شرح الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

فيتقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق فى الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل و بزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فأمكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا وكذا ليس له أن يشترى بمكيل أو موزون غير النقدين دينا فى الذمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر رحمه الله ذلك حتى لو اشترابه ينفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذ الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع فى مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة فى التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفى النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافى وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله (ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) عند أبى حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كالو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد أو هو عيب و ينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقى بعده بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر فى تبعيضه ولا تنقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (وفى الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقى) أى فى الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا فشقصا حتى يشترى الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الآمر الشراء تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وان

لعموم الامر اه غاية (قوله وفى النهاية جعل هذا القدر معفوا) وعليه مشى فى المجمع فقال و يجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتغابن فى مثلها كنصف درهم فى عشرة فى العروض ودرهم فى الحيوان ودرهمين فى العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير اه (قوله وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافى) قال فى الهداية والذى لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل فى العروض (١) ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده فى الاول و يقل فى الاخير و يتوسط فى الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف اه (قوله وليس بشئ هذا كله الخ) أى جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها اه وقوله هذا كله نقله الاتقانى عن الامام خواهر زاده ثم قال فى آخره قال فى بيوع التتمة وبه يفتى اه (قوله فى المتن ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه) أى أو جزأ معلوما اه غاية (قوله فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا) (٢٧٢) سواء باع الباقى منه أو لم يبع اه غاية (قوله ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده) أى عند أبى حنيفة لما تقدم فى قوله و يصح بيعه بما قل وكثر اه (قوله فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أى فهما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اه غاية وكتب أيضا عليه ما نصه فحينئذ يجوز أيضا عندهما استحسانا اه غاية (قوله وقولهما استحسان والقياس ما قاله الامام الخ) قال الاتقانى وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والاطلاق فى التوكيل بالبيع وأما فى التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذى لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اه (قوله فى المتن وفى الشراء يتوقف) قال الاتقانى يعنى بالاتفاق اه (قوله وهذا بالاجماع) قال العينى قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم لا ينفذ البيع الا فى قول الشافعى ورواية عن أحمد اه (قوله فينفذ على الآمر الخ) قال الاتقانى فان ابتاع الباقى منه قبل الخصومة لزم الآمر عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الآمر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباقى وألزم القاضى الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقى بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم فى جميع الاشياء التى فى تبعيضها مضرة و يكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك ولو وكله بشراء شئ ليس فى تبعيضه مضرة ولا يكون التبعيض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الآمر نحو أن يوكله بشراء كر من حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين درهما لزم الآمر وكذلك لو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالاجماع وكذلك لو وكله بشراء جماعة من العددى فاشترى واحدا منها لزم الآمر اه

(١) قوله ده نيم يعنى عشرة ونصف وده يازده يعنى أحد عشر وده دوازده يعنى اثنى عشر اه من هامش الاصل كتبه مصححه

لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بينا والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقى ولا يقال ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشترى فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد وأما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبى المحجور عليهما الغير هما بغير أمره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه لم يجد نفاذا على المشترى فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الآمر والا لزم المأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه فلو أعتقه الآمر فى زمن التوقف نفذ عتقه عند أبى يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما أمره به وانما يتوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقى فيرتفع الخلاف فقبل أن يشترى بقى مخالفا فاذا أعتقه الآمر لم ينفذ وأبو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره فى النهاية معزيا الى الايضاح قال رحمه الله (ولو رد المشترى المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول رده على الآمر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما رده عليه اذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضى يعلم ان العيب كان فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله أن العيب لا يخلو اما أن لا يكون حادثا كالسن الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله فى مثل تلك المدة أو يحدث فى مثلها فان كان غير حادث رده القاضى بغير حجة من بينة أو نكول أو اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث فى مثل هذه المدة رده القاضى بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار فى الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضى عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة أو نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيرده عليه ثم فى هذه المواضع كلها رد القاضى على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه فى هذا النوع باقرار بقضاء القاضى لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضى وهو شرط فى المعاوضة المالية فجعل فسخا فى حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا أن يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث أو كان حادثا الا أنه لا يحدث مثله فى تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة روايات المبسوط وذكر فى البيوع أنه يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضى الى اقامة البينة ولا الى الحلف فى هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا فى الرد قلنا الرد بالتراضى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين فى الرد بل يثبت حقه أولا

(قوله فلو أعتقه الآمر فى زمن التوقف نفذ عتقه) قال القدورى فى كتابه المسمى بالتقريب قال أبو يوسف اذا وكل رجل رجلا أن يشترى له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل دون الموكل اه اتقانى (قوله وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار) قال الاتقانى وانما شرط محمد فى الجامع الصغير البينة أو الاباء أو الاقرار لاشتباه الامر على القاضى بان العيب قديم أم لا أو يعلم القاضى يقينا أن مثل هذا العيب لا يحدث فى مدة شهر مثلا ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشترى الى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضى أن هذا العيب كان فى يد البائع فيرد المبيع عليه اه

(قوله كان القول قول الموكل) لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله فى كيفيته تحقيقه أن الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعى الخصوص والاصل فى الوكالة الخصوص اه غاية (قوله وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب) وفى قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار كما فى الوكالة قال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وعلماؤنا استحسنوا فى المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادقا على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اه غاية (قوله فأشبهت الوكالة التى ليست فيها شائبة الشركة) يحترز بذلك من المضاربة لانها وكالة ولكن تصير شركة فى الآخر اذا ربح اه (قوله فى المتن ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا الخ) قال فى الهداية قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ (٢٧٤) بالثمن رهنا وضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قال الاتقانى أى قال فى الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد أمر رجل رجلا أن يبيع له عبدا فباعه ثم أخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده وأخذ به كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وليس فى المسئلة اختلاف الا أنه روى عن أبى يوسف ومحمد ولم يروعن أبى حنيفة رضى الله عنه وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهى راجعة الى الوكيل اه وكتب أيضا ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن على ابن محمد الاسبيجابى فى شرحه لمختصر الكافى للحاكم الشهيد فى أول باب الكفالة فى الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن لى به رهنا ففعل فهو جائز لانه أتى بما أمر به ولو فعله بنفسه جاز فكذا اذا فعله نائبه فان كان الراهن أقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو عليه جائز فى قول أبى حنيفة ولم يذكر قولهما ويحتمل أن لا يجوز على قولهما بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدلا مستوفيا فى العاقبة والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش وعند أبى حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع بثمن مؤكد بالرهن فاذا باعه بثمن غير مؤكد يصير مخالفا ولو قال بعه بثمن ثقة فارتهن رهنا أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثق به لانه مماثل للدين أو مقارب له فصلح وثيقة له لان الوثيقة ما يفضى الى الحقيقة وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بحبس القليل مما لا يعقل لانه تعلق به حق الآمر لان فائدة التوثق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرد مبطلا له فيضمن اه غاية (قوله فتوى عليه) أى على الكفيل اه غاية قال فى الوافى أو أخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل اه

فى وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدوث فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين فى شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم قال رحمه الله (وان باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للآمر) أى الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل أمرتك أن تبيعه بنقد وقال الوكيل أمرتنى ببيعه مطلقا ولم تقل شيأ كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن ألا ترى أنه لو قال وكلتك أن تشترى لى دابة لا يصح ولو قال وكلتك فى مالى ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر كان القول له كما اذا أنكر الآمر أصلا قال رحمه الله (وفى المضاربة للمضارب) أى باع المضارب نسيئة فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى أنه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وابضاع وتوكيل واستئجار وايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما فأشبهت الوكالة التى ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسيئة الى أجل متعارف عندهما والى أى أجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يجىء فى موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع أو كفيلا فتوى عليه لا يضمن) أى الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة فى يده بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الآمر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الآمر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله وفى النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره هنا غير مضاف الى أخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا التوى بموت من

(قوله المراد بالتوى الخ) أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافى فقد قال فيه بعد قوله فتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اه (قوله وكان توكيلهما بلفظ واحد) قال فى الهداية فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه قال الاتقانى قالوا هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدى وخلع امرأتى أما اذا وكلهما بكلامين كان لكل منهما أن يتصرف لان كل واحد منهما مسلط على البيع والخلع بانفراده اه وكتب أيضا ما نصه قال الاتقانى رحمه الله قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى الاصل فى هذا أن الوكيلين بالمبادلة اذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه الوكيل الآخر أو الموكل ولا يجوز فعل أحدهما لان المبادلة تتعلق بالرأى والمشورة وقد رضى برأيهما ومشورتهما ولم يرض برأى أحدهما سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضرا أو غائب الا أن فى الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل أو الوكيل وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله (٢٧٥) أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر وأما الوكيلان بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلأحدهما أن يعتق ويطلق وكذا الوكيلان بالخصومة لاحدهما أن يخاصم الا أنه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا لان الخصومة مما لا يتأتى فيها اثنان بالاجتماع والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع وكذا لو وكل اثنين بتسليم ما وهب الى الموهوب له فسلم أحدهما صحت الهبة وكذا لو وكل اثنين بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاه أحدهما جاز وأما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد كالوكيلين بالبيع الا فى أشياء معروفة فذكرها فى الوصايا وعند أبى يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله فى المتن الا فى خصومة وطلاق الخ) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير لا ينفرد أحد الوكيلين الا فى أربعة أشياء الأول اذا وكلهما بالطلاق والثانى اذا وكلهما بالعتاق والثالث اذا وكلهما برد وديعة أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان فى الثلاثة لا يحتاج الى الرأى وأما فى الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنهما لا يقبضان الا معا وقال زفر لا يصح الانفراد فى الخصومة أيضا لانه يحتاج فيها الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون كرأى الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضا برأى أحدهما كما فى البيع والشراء ولنا أن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا بالصواب اذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفى الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وذا بان يتناوبا الأمر برأيهما وانما ينفرد أحدهما بالتكلم اه كافى

عليه الدين ومحله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا قال رحمه الله (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة والنقصان وفى اختيار البائع والمشترى ونحو ذلك وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الرأى وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه الى الرأى كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما أن يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف لانه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف فى الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وان كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه فان أجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فأجازه لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وان مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده قال رحمه الله (الا فى خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما فى التكلم فى مجلس القاضى متعذر لانه يؤدى الى التلبيس على القاضى والى الشغب والرأى يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لا يتعلق

(قوله وطلاق الزوجة والعتق الخ) قال الاتقانى وذكر فى الجامع لو قال لرجلين طلقا امرأتى ان شئتما أو أردتما فطلقها أحدهما لم يقع لانه علق الطلاق بمشيئتهما فلا ينزل عند مشيئة أحدهما وكذلك لو قال أمر امرأتى بأيديكما فطلق أحدهما لا يقع لانه جعل الرأى اليهما الا الى أحدهما اه (قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده) حتى لو انفرد أحدهما بلا رأى الآخر لا يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله لانه رضى برأيه) والناس متفاوتون فى الرأى اه غاية (قوله ويملكهما فيما نحن فيه) أى يملك الموكل التوكيل فيما وكل فيه ويملك نهى الوكيل عنه اه (قوله فاذا فوض اليه ووكل كان الثانى وكيلا) قال قاضيخان فى فصل التوكيل بالخصومة رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جاز توكيله ويكون الوكيل الثانى وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثانى ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثانى جاز عزله لان الموكل رضى بصنع الاول وعزل الاول الثانى من صنيع الاول اه (قوله فى المتن (١٧٦) فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبى فأجاز صح) قال الاتقانى قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى رجل وكل رجلا يبيع عبد فأمر الوكيل رجلا يبيعه قال ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل وكل رجلا يبيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جائز الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وقال فى شرح الطحاوى وليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به الا أن يطلق له الذى وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوض الى غيره الا أن يأذن له الموكل بذلك أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز فحينئذ يجوز ولو وكل رجلا يبيع عبد ولم يجز له ما صنع ولا أذن له فى ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثانى فانه ينظران باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذى باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز بيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثانى سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرته وقال ابن أبى ليلى يجوز بيع الوكيل الثانى بحضرة الاول وبغير حضرته وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشترى الثانى فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوى (قوله وكذا لو عقد الوكيل الثانى الى قوله جاز من غير اجازة الخ) مقتضاه أن قوله فى المتن فأجاز صح راجع الى مسئلتى الوكيل الثانى والاجنبى والا لو كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبى فقط لم يكن لقول الشارح وكذا لو عقد الوكيل الخ فائدة لانه حينئذ يكون مستفادا من المتن قال الاتقانى رحمه الله ونقل فى الفتاوى الصغرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهرزاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الثانى أو آجر والاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثانى بحضرة الاول وذكر بعد هذا أنه اذا باع الثانى بحضرة

بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الرأى الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بأيديهما فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى الرأى فرد أحدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ أمره تناولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأمورا فى حالة الانفراد بقبض شئ منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة قال رحمه الله (ولا يوكل الا باذن أو باعمل برأيك) أى لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل فى الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه ويملكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه ووكل كان الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضى حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته والفرق أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضى الذى ولاه هو أو ولاه القاضى باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه قال رحمه الله (فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبى فأجاز صح) أى ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول أو عقد أجنبى فأجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه فى تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى نقصانه فى الشراء وفى الزيادة فى البيع وفى اختيار من يعامله بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المأمور واحدا لان غرضه استعمال رأيه فى معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود فى الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالى فى فتاويه أن الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبى أيضا لان الموكل رضى بلزوم العهدة للاول دون الثانى وذكر فى حيل الاصل والعيون أن الحقوق ترجع الى الثانى وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغى أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فأجاره أو عقده أجنبى فأجاز الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الآمر علقه بلفظ الاول دون الثانى وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه قال رحمه الله (وان زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد أصلا والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة فى التفويض اليهما ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الكافر ذميا أو حربيا وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبنى على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد فى الحال فوجب التوقف فيه فاذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات أو قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان أسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له فى الحال لان شرط التوقف أن يكون له مجيز فى الحال فصار نظير اعتاق الصبى وطلاقه وهبته حيث لا تتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها فى الحال ونكاح أولاده الصغار له مجيز فى الحال وهو الولى أو القاضى فيتوقف فاذا أسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته فى ماله عندهما لانها تبنى على الملك وملكه قائم ثابت فى أمواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف والله تعالى أعلم

﴿ باب الوكالة بالخصومة والقبض ﴾

(الاجازة كما ذكرنا وفى رواية يكفى حضور الاول كما ذكر فى الجامع الصغير قال شيخ الاسلام (٢٧٧) خواهرزاده وعلى هذا أحد وكيلى) الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور فى الجامع الصغير ذكر هاتين الروايتين فى باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط لشيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال شيخ الاسلام خواهرزاده حكى عن الكرخى أنه كان يقول ليس فى المسئلة اختلاف الروايتين لكن ما ذكر مطلقا فى بعض المواضع محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن توكيل الوكيل لم يصح التحق بالعدم فيكون الثانى فضوليا وعقد الفضولى لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين فى رواية يشترط فيه الاجازة كما ذكرنا وفى رواية يكفى حضور الاول كما ذكر فى الجامع الصغير قال شيخ الاسلام (٢٧٧) خواهرزاده وعلى هذا أحد وكيلى البيع أو الاجارة اذا أمر صاحبه فباع بحضرته أو آجر جاز فى رواية ولا يجوز فى رواية ما لم يجز الآمر الثانى أو المالك كذا فى التتمة والفتاوى الصغرى اه ما قاله الاتقانى رحمه الله (قوله ولو قدر الاول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته) أى فى رواية كتاب الرهن اه وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع اه كافى (قوله واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الخ) قال فى فتاوى قاضيخان الوكيل بالبيع اذا لم يقل له الموكل ما صنعت من شئ فهو جائز لا يملك التوكيل فان وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر فى الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثانى وهو الصحيح اه (قوله وينبغى أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده الخ) قال الاتقانى ولو باعه الوكيل الثانى حال غيبة الاول فبلغه فأجاز أو باعه أجنبى فبلغه فأجاز جاز لانه حصل رأيه اه

﴿ باب الوكالة بالخصومة والقبض ﴾

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق مجرى على حقيقته اه اتقانى رحمه الله فى الفتاوى الصغرى لو قال الرجل لآخر وكلتك بالخصومة فى كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة فى كل حق له قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استحسانا ولو قال وكلتك بالخصومة قبل فلان يكون وكيلا بالخصومة فى كل حق يكون موجودا يوم التوكيل اه خلاصة الفتاوى

(قوله في المتن الوكيل بالخصومة الخ) قال في الهداية والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا لزفر وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضي الدين له القبض اتفاقا اه قال الاتقاني قال في الواقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا لان الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلاء على باب القاضي اه (قوله والعرف أملك) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اه (قوله ولزفر أن الخصومة الخ) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه رضي بديانته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض فلا يملك القبض اه (قوله في المتن وبقبض الدين يملك الخصومة) قال في خلاصة الفتاوى في الاصل الوكيل بقبض الدين ليس له **(٢٧٨)** أن يوكل غيره ولو وكل رجلا بقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه استحسانا ولو وكله بقبض غلة الدار يتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله صح حتى لو وكل فقبض فهلك في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بينته عليه وقالا لا تقبل بينته على القضاء الا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما اجماعا ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان التوكيل من القاضي كالو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في   في

رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلا بقبضه من الذي العبد في يديه ثم غاب الموكل فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الغائب قد باعه اياه فقال أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعتاق وكل شيء الا الدين فانما اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه فأقام الذي عليه الدين البينة انه قد أوفاه قبلت بينته وقال أبو يوسف ومحمد هذا والاول سواء الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه (قوله وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الخ) قال الاتقاني بخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والامة اذا أقامت المرأة البينة على الطلقات الثلاث أو أقام العبد أو الامة البينة على الاعتاق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا تسمع البينة على الطلاق والعتاق الا لقصر اليد استحسانا ويوقف الامر الى أن يحضر الغائب والقياس أن لا يوقف الامر بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل لان البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصما في ابطال حق القبض احتياطا فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال فخر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالا

قال رحمه الله (الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه الله وقال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله يملك القبض عينا كان أو دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمامها يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله أن الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خصومة وأكثرهم كذبا وخيانة وأقلهم دينا وحياء ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله (وبقبض الدين يملك الخصومة) أي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل وكذا اذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها قال رحمه الله (وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق) أي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثا أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد أعتقه لا تقبل

وجوابا في كتاب التقريب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتملك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كالا يوكل في تملكها فالجواب أن هذا تملك من طريق الحكم والمسلم يصح أن يملك الخمر حكما والا لم يجز عقده عليها اه (قوله لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها) قال الاتقاني لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقى الدينان قصاصا (قوله وهذا لان المقبوض الخ) اشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة رضي الله عنه يعني كأنه وكله بتملك مثل الدين وذلك مبادلة والمأمور بالمعاوضة يكون أصيلا في حقوق المعاوضة اه قارئ الهداية (قوله الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء) يعني أن الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما بينا آنفا الا أن المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض فلو كان تمليكا محضا ليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا اذا ظفر بجنس حقه حل له التناول اه غاية (قوله كالوكيل بالشراء والقسمة) يعني أن أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فأراد الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التمليك اه غاية (قوله والرد بالعيب) يعني **(٢٧٩)** أن المشتري اذا وكل وكيلا برد المشتري بسبب العيب فأقام البائع البينة أن المشتري رضي بذلك تقبل بينته اه غاية (قوله والرجوع في الهبة) يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته اه غاية (قوله والوكيل بأخذ الشفعة) اذا قامت عليه البينة أن الموكل سلم الشفعة صحت وقضي بذلك اه غاية (قوله ومسئلتنا أشبه بأخذ الشفعة) أي من الوكيل بالشراء اه غاية (قوله حتى لا يجب التوقف فيه) بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل اه غاية (قوله لان البينة قامت) أي بينة صاحب اليد اه (قوله في المتن ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا) وصورة المسئلة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعي فأقر ببطلان الحق أو كان وكيل المدعى عليه فأقر بلزوم الحق عليه اه (قوله ولكنه يخرج به عن الوكالة) استدراك من قوله اذا أقر عند غير القاضي لا يصح قال في الهداية واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره وان أقر في غير مجلس القضاء قال الاتقاني وهذه من مسائل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعى عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضي أن الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال بذلك الا أن الوكيل لا يقضى له بدفع المال اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو لازم الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير أنه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي فأما عند غير القاضي فلا يجوز هذا في قول أبي حنيفة ومحمد

في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى أن يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بأن لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشيء انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيأ من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الشفعة ومسئلتنا أشبه بأخذ الشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فأما الوكيل بالشراء فانما يصير خصما بعد مباشرة الشراء وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وأمينا محضا فلم تتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد قال رحمه الله (ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا) أي اذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف

وقال أبو يوسف يجوز اقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك الى هنا لفظ الاصل وقال القدوري في كتاب التقريب قال
أبو حنيفة ومحمد يجوز اقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ قال الكاكي
أطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه لان جواب الاقرار على الموكل لا تفاوت بين أن يكون موكله مدعيا
أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل واقرار وكيل المدعى
عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اه (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي أيضا) قال الاتقاني وجه قول
زفر أنه وكله بالخصومة والمنازعة (٣٨٠) والاقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الاقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت

رحمه الله يصح اقراره عند غير القاضي أيضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح اقراره عند القاضي أيضا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد به كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما أوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون أحدهما عينا اذ لا يجوز له أن ينكر اذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببه فذكر السبب وارادة المسبب شائع أو لخروجه بمقابلتها أو لان الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقا أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل على الانكار لا يصح الا على أحد التقديرين وهو أن يكون محقا بالانكار وان كان مبطلا لا يصح وهذا لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما يملك مطلق الجواب وهو بنعم ان كان خصمه محقا أو بلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لان في حمله عليه فسادا من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان أولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال الفساد ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لانه لا يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لانه يحتمل أن يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه رجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله أن يوكل بشئ دون شئ على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة أو بنكول الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الانكار منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشئ انما يختص بمجلس القضاء اذا لم يكن موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فأما الاقرار فموجب

بنفسه

ما يضاده فلا يجوز اقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وابراؤه مع أن الصلح أقرب الى الخصومة من الاقرار وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر علي فأقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شئ واحد والاستثناء من شئ واحد لا يجوز اه (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اه (قوله ولهذا لا يملك) أي الوكيل بالخصومة اه (قوله ويصح اذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار والا لم يصح استثناؤه كما لم يصح استثناء الانكار اه (قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد اه من خط قارئ الهداية أخذه من كلام بعض الشارحين اه (قوله ولان فيه) أي في الاقرار اه (قوله دون أحدهما عينا) أي أحد الجوابين اه (قوله أو لخروجه بمقابلتها) كما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لخروج الجزاء في مقابلة السيئة اه (قوله ولو استثنى الاقرار) جواب عن قوله ويصح اذا استثنى الاقرار اه غاية (قوله فلا يفيد استثناء الانكار) صوابه الاقرار قال في تتمة الفتاوى اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار صحت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه اه غاية (قوله يصح استثناء الانكار) صوابه الاقرار (قوله ولان الانكار) صوابه الاقرار

(قوله فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال) ولا يدفع اليهما المال لان ولايتهما باعتبار النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل هو اضاعة فاذا أخذ المال من الغريم لا يدفع اليهما للتناقض كما لو ادعيا مالا للصغير على رجل فأنكر فصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعي المال لا يدفع المال اليه لانه ما خرج من الولاية والوصاية فكذا الوكيل اه كاكي (قوله فان قيل الدائن اذا وكل المدين الخ) قال في الذخيرة في الفصل الرابع من الوكالة ما نصه ذكر في الجامع الكبير صاحب الدين اذا وكل المديون أن يبرئ نفسه عن الدين صح واذا أبرأ نفسه برئ وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب المأذون أنه لا يصح واذا أبرأ نفسه لا يبرأ وفي حوالة الاصل المحتال له اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصح وكذلك رب الدين اذا وكل المديون بقبض الدين من نفسه لا يصح وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا كان بالمال كفيل فوكله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه وان هلك في يده عنده فلا ضمان (٣٨١) عليه لانه رسول ولم يقبضه لنفسه اه

بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقراره خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره فاذا أقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي اذا أقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا انكاره ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندرأ بالشبهات قال رحمه الله (وبطل توكيله الكفيل بمال) معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححناها هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها وجب أن لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار نظير من أعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل الدائن اذا وكل المدين بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي أن تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز أن يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بأمثالها فيكون مقرا بوجوب دفع

وكتب ما نصه قال في شرح التكملة ومن وكل رجلا بقبض عبد له في يد آخر وغاب فأقام من في يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب لان الخصم ليس بخصم عن الغائب لانه وكيل بالقبض لا بالخصومة وكان القياس أن لا يوقف الامر كما لا يقضى بالبيع لبطلان البينة الا أنه استحسن ذلك لقصر يده عن القبض لانه وكيل بصورة القبض ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة وكذلك لو وكله بنقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بينته ويبرأ الغريم لان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتمليك

والتملك لما عرف أن قضاء الديون انما يكون بأمثالها لا بأعيانها فصار خصما كالوكيل بأخذ الشفعة والقسمة فانه لما كان وكيلا بالتمليك ينتصب خصما عنه اه وكتب أيضا ما نصه قال قاضيخان ولو وكل المديون بابراء نفسه عن الدين صح توكيله ولا يقتصر على المجلس اه (قوله في المتن فصدقه الغريم الخ) أما لو أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتي الكلام عليه عند قوله في المتن أو لم يصدقه اه (قوله في المتن أمر بدفعه اليه) قال الكاكي وبه قال المزني وقال الشافعي وأحمد ومالك لا يؤمر بالتسليم الا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة واحتج الشافعي بأن هذا التسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر أن هذا وصي الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لانه يتضمن اقراره أنه أقر أنه لا حق لسواه وقلنا أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لان ما يقبضه خالص ماله اه وكتب ما نصه قال الاتقاني والامر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الشافعي لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع اه قال الاتقاني فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع

اذا صدقه ثم أبى أن يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه قلت انما لم يجبر المودع على التسليم لانه أقر بثبوت الحق فى القبض فى ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلا يصح اقراره فى ملك الغير فلاجل هذا لم يجبره القاضى على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع فى ملك نفسه لا فى ملك الغير لان الديون تقضى بأمثالها (قوله فى المتن فان حضر الغائب فصدقه) أى صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اه (قوله والا دفع الغريم اليه الدين ثانيا) (٢٨٢) لان الغائب لما لم يصدقه فى دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فأمر بالدفع ثانيا الى الموكل قال فى شرح أدب القاضى فى باب اثبات الوكالة كان للغريم أن يحلفه بالله ماقبض فلان بن فلان الفلانى هذا المال بأمرك ووكالتك لان الغريم يدعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف فاذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل اه غاية (قوله ولا يكون قولهما حجة) أى الغريم والوكيل اه (قوله لا يرجع به عليه) لانه لما صدقه فى الوكالة اعتقد أنه أمين فى القبض ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانيا فلما كان أمينا كان محقا فى القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لاحد أن يظلم غيره وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم وان نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لا على المطلوب ولا على أحد غيره ثم الغائب اذا لم يصدق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب الشافعى ان شاء ضمن الوكيل قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لان حقه فى ذمة الغريم لم يتعين بالدفع فكان له اتباع الذمة فأما الوكيل فانما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اه اتقانى (قوله ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه) معناه أن يضمن الكفيل نظير المال الذى يأخذه رب الدين من المديون على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل يضمن للمديون المال الذى يأخذه الوكيل من المديون لانه سيأتى قريبا فى كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لانه أمانة وقد صرح باكير فى شرحه هكذا (الا اذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل ان حضر الغائب وأنكر التوكيل فانى ضامن لهذا المال

ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجرى فى الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفى المسئلة نوع اشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكلنى بقبض ماله عليك من الدين كما لابد للرسول فى الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلنى اليك وقال لك أقرضنى فصح ما ادعينا أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره فى النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبى حنيفة رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم قال رحمه الله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله فى ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أى يرجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا فى يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وان ضاع لا) أى ان ضاع المقبوض فى يد الوكيل لا يرجع به عليه لان الغريم باقراره صار محقا فى قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين نصفين فادعى الذى عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو فى زعمه ان المكذب ظلمه فى الرجوع عليه وظالم هو المصدق بالرجوع عليه بما أخذه المكذب وذكر فى الامالى انه لا يرجع لان الغريم زعم أنه برئ عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله (الا اذا ضمنه عند الدفع) أى الا أن يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز فى قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه

وصورة

(أولم يصدقه) الغريم (على الوكالة ودفعه اليه) بناء (على ادعائه) ففى هاتين الصورتين ان أنكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل ان ضاع المال أما فى الاولى فلان المأخوذ ثانيا مضمون عليه فى زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان وأما فى الثانية فلانه لم يصدقه فى الوكالة وانما أداه رجاء اجازة الغائب فاذا لم يجز مرجع عليه اه ماقاله باكير وظاهر قوله فانى ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذى قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم انه أمانة على أنه لا يلتئم مع قوله أما فى الاولى الخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذى يأخذه الغريم من المديون كما قدمنا فتنبه (قوله وصورة هذا الضمان الخ) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اه (قوله وزعمه) مبتدأ وخبره قوله انه قبضه بغير حق اه (قوله وليس له أن يسترد المدفوع فى الوجوه كلها) قال قاضيخان (٢٨٣) رجل ادعى على رجل أن فلانا وكله بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال اليه على الانكار ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك وفى المنتقى له أن يسترده اه وكتب على قوله فى الوجوه كلها ما نصه وهى أربعة حالة التصديق مع التضمين ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اه (قوله ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس منه) قال الاتقانى وذلك لانه لا يجوز أن يسعى الانسان فى نقض ما تم من جهته لانه عبث وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لوكيل المشترى حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته اه (قوله الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الوكالة فى الدين فان ضاع المال فى يده رجع به عليه الغريم لانه قبضه بغير حق فكان مضمونا عليه ان كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه دفع اليه على ظن أنه وكيل فاذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضيا بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانه يزعم أن قبضه وقع حقا فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابى اه اتقانى أقول وقد تلخص من هذا أن الاحوال فيما اذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة فى ثلاثة منها يضمن وهى ما اذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه والحالة الرابعة لا ضمان فيها وهى ما اذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكنز رحمه الله أما الاولى من أحوال الضمان فهى المراد بقوله الا اذا ضمنه أى مع كونه صدقه على الوكالة وأما الثانية والثالثة منها فداخلتان فى قوله أولم يصدقه الخ قال الشارح لان عدم التصديق يشمل الصورتين وأما الرابعة وهى حالة عدم الضمان فهى المراد بقوله وان ضاع لا فتنبه

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه أخذه منى ظلما فهل أنت كفيل عنه بما يأخذه منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى لان ما أخذه الطالب ثانيا غصب وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لانه أمانة فى يده لتصادقهما على أنه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه فى موضعه قال رحمه الله (أولم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه) أى يضمن الغريم الوكيل فى هذه الصورة أيضا لانه دفعه اليه على احتمال أن يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لقضاء دينه تحصيلا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق فى ذلك بين أن يكذبه صريحا أو يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له أن يسترد المدفوع فى الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب أما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهرا الا على حق وأما اذا لم يصدقه فلاحتمال أنه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه مالم يقع اليأس منه ألا ترى أنه اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك ينبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشئ ضمنا وان لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعد ما أدى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه أو دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم فى يد الوكيل أخذه منه فى الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض

دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية أنه لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف قال رحمه الله (ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) لانه أقر له بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر على مال نفسه اذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وقيل ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل لان في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له أن يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لانه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله (ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا نزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه في التحرير ولو ادعى أن صاحب المال مات وأوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضاء في خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو أقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لان أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله (ولو وكله بقبض ماله فادعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال أخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله أخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال أوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما نبين من قبل

(قوله في المتن لم يؤمر بالدفع اليه) وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اه غاية (قوله ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الخ) قال الاتقاني رحمه الله فان كانت ضاعت في يده أي يد الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه لان في زعمه أن الوكيل محق في الأخذ ولكن الموكل ظالم في الاخذ ثانيا بالتضمين والمرء مؤاخذ بزعمه والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب رجع على الوكيل لاجل ضمانه والثالث أن يدفع مع التكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه أنه أخذه بغير حق والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضا لان الدفع كان على رجاء الاجازة من الغائب فاذا انقطع الرجاء رجع على الوكيل اه وهذه الاوجه تؤخذ من كلام الشارح لكني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اه (قوله وليس له أن يرجع على الوكيل) أي فيما اذا دفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين اه (قوله ولو دفع اليه من غير تصديق) صادق بما اذا دفعها اليه مع التكذيب وبما اذا دفعها اليه بلا تصديق ولا تكذيب اه (قوله مطلقا) أي سواء ضمنه أو لم يضمنه اه ش

وفيه

(قوله وفيه خلاف زفر) قال القدوري في كتاب التقريب وقال زفر أحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج من الوكالة ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفاء كالوصي ولان الغريم يدعي الايفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها وجه قول زفر أن البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكما لو أقر سقطت خصومته اه غاية (قوله في المتن واتبع رب المال واستحلفه) فان حلف مضى الأداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض اه غاية (قوله في المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) قال الكاكي رحمه الله وبه قال ابن أبي ليلى وقال الشافعي وأحمد لا يلتفت الى قول البائع فيرد كما في الدين ولا يمين على الوكيل اذا لم يدع البائع علما ما لو ادعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف أيضا اه (قوله بخلاف مسئلة الدين) قال الاتقاني حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تأخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسئلة لا يرد المبيع على البائع بل يؤخر الامر الى أن يحضر المشتري فيحلف أنه ما رضي بالعيب اه (قوله لان القضاء بالفسخ نافذ) وان ظهر الخطأ اه هداية (قوله ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة) فاذا سقط البيع ظاهرا وباطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى أن يحضر المشتري فيحلف اه غاية (قوله وقيل الاصح عند أبي يوسف

أن يؤخر في الفصلين) نظرا للغريم والبائع اه غاية قوله للغريم أي في مسئلة الدين اه قوله والبائع أي في مسئلة الرد بالعيب اه (قوله في المتن فالعشرة بالعشرة) ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعا بالعشرة التي أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر مسئلة قضاء الدين فقال في كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء على فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني أدع القياس وأستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقال في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير تتعينان في الوكالة وان كانتا لا تتعينان في عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الانفاق أو قبل الشراء بها في التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولانه خالف الامر فيرد مال الموكل لان الموكل أمره بأن ينفق من مال الدافع لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال قاضيخان في فتاواه رجل دفع الى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأنفق الوكيل ثم تصدق عن الآمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامنا للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحسانا وتكون العشرة له بعشرته ولو دفع رجل دينارا الى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور دينارا من عند نفسه وأمسك دينار الآمر لنفسه قال أبو يوسف لا يجوز ولو دفع الى رجل دينارا ليشتري به ثوبا فاشترى بدينار من عند نفسه جاز شراؤه للآمر ويكون الدينار له وكذا لو دفع الى رجل دينارا ليقضي غريمه فقضا من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اه (قوله فيرد العشرة على الموكل) أي ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر اه غاية

وفيه خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (واتبع رب المال واستحلفه) أي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وان وكله بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) أي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفي مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد أصلا وقالوا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب أن لا يفرق بين المسئلتين بل يرد فيهما للحال لان القضاء بالخطأ لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فأمكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لان من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله (ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل

(قوله ثم يرجع به على الآمر) واذا ظفر بجنس حقه من مال الآمر كان له أن يأخذه اه غاية قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الالف التي احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفعه لانه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكني أستحسن أن أجيزه لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه اتقاني (قوله ويحتاج الى النقد من مال نفسه الخ) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن ينفق من مال نفسه فاذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فيما فعل كالوصي اذا قضى دين الميت اما لنفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير اذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح الجامع من المشايخ من قال مسئلة كتاب الوكالة في قضاء الدين وليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة اه اتقاني (قوله لانه ليس في معنى الشراء) أما الاتفاق شراء فلم يختلف فيه وجها

بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الآمر في كل مكان ويتفق له ما أمره به من غير قصد فيشتريه فهو يحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا للغرض الآمر ونفيا للحرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس في معنى الشراء ففي القياس يكون متبرعا لان أمره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال آخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما أخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ بدله من مال الآمر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

﴿باب عزل الوكيل﴾

اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان المرأة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي

القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا اه غاية

﴿باب عزل الوكيل﴾

أخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضي سبق ثبوتها فناسب ذكره آخرا اه غاية (قوله الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة) أي وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي اه (قوله فان الموكل لا يملك عزله) أي بلا رضا الخصم لئلا يلزم ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام علي بن محمد علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لان التوكيل استنابة فاذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعل له وكيلا في الخصومة فلا يكون له أن يخرجه الا بمحضر من الخصم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وصورته أن يقول اني أخاف أن تغيب فوكل وكيلا ان غبت أخاصمه فيقضي لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد بن أحمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير فأما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضا من له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزل المدعي وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعي فلا ينعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اه اتقاني (قوله أو كانت من جهته) أي بان وكل الطالب رجلا بالخصومة فله عزله عند غيبة المطلوب اه (قوله وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل الخ) قال قاضيخان رحمه الله في فصل الوقف على القرابات ما نصه وقد اختلف نصير بن يحيى لا يملك

ومحمد بن سلمة في الرجل اذا وكل وكيلا على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا تجوز وانما اختلفا لاختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة وهذا مخالف للشرع لان حكم الوكالة في الشرع أن لا تكون لازمة ويرد عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلة ولو صرح بذلك كان جائزا قال الفقيه أبو جعفر لو صرح بذلك انما تجوز الوكالة في غير الوقف أما في الوقف وان صرح بذلك فانا نبطله صيانة للوقف عن البطلان ثم في غير الوقف اذا جازت الوكالة بهذا الشرط فان أراد أن يخرجه عن الوكالة ينبغي أن يقول رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فيصح رجوعه عن الوكالة المعلقة ثم

لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وقال صاحب النهاية عندي أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لانا لو لم نجوز ذلك أدى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل يتم سمادا انما الا الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضي أو السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) وقال الشافعي رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري أوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارته من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار أصيلا في حق العبارة وان لم يكن أصيلا في حق الحقوق والرسول ليس بأصيل في شيء ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله (وموت أحدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا) يعني تبطل بهذه الاشياء أيضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط في الجنون أن يكون مطبقا أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء أي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات

يقول أخرجتك عن الوكالة اه (قوله في المتن وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) قال في المتن في آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين اه (قوله لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه) أي بيعا أو شراء فتنصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشراء ومن تسليم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع ثم اذا عقد أو سلم يضمن ما تصرف لانه فعله بعد العزل اه اتقاني (قوله بخلاف الطلاق والعتاق والعزل الحكمي) قال الاتقاني بخلاف العزل الحكمي فانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا اه غاية (قوله ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره) يعني العزل قبل العلم لا يصح أصلا والوكيل بالنكاح وغيره في ذلك سواء اه (قوله وكذا لو عزل الوكيل نفسه الخ) قال في الخلاصة في الوكالة في الجنس الذي عقده للعزل وفي النوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة فقال رددت الوكالة ينعزل وكذا لو لم يقل الموكل رد علي الوكالة ولكن الوكيل قال رددت الوكالة وعلم الموكل ينعزل اه قلت واستفدنا من هذا أن الوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل فهو على وكالته حتى يعلم الموكل فاذا علم انعزل وهو حينئذ نظير ما اذا عزله الموكل فانه يبقى على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل اه قال في الذخيرة في الفصل الثاني في رد الوكالة ما نصه وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة اه (قوله في المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا) بسكون الطاء وكسر الباء أي دائم ومنه تسمية الاطباء الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة اه اتقاني قال النووي رحمه الله في تحرير التنبيه المجنون المطبق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب الحمى المطبقة بفتح الباء وهي الدائمة اه

(قوله وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض) أى الموت والجنون واللحاق بدار الحرب مرتدا اه قال فى التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله أما فى موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل فى باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن على بن محمد فى الاسبيجابى فى أوائل كتاب الوكالة من شرح الكافى واذا وكل الرجل وكيلا فى خصومة أو بيع أو شراء شئ كان له أن يخرجه من الوكالة لان التوكيل صح لحق الموكل فكان له ابطاله فان لم يخرجه حتى ذهب عقل الموكل زمانا دائما فقد خرج الوكيل من الوكالة لان بقاء النيابة يستدعى بقاء أهلية المنوب عنه فقد بطلت وهذا فى شئ يقبل العزل فأما فى شئ لا يمكنه عزله فلا يبطل مثل الامر (٢٨٨) باليد وما أشبهه لان هذا تصرف لازم لا يحتاج الى التجديد فلا يشترط بقاء الاهلية بخلاف التصرف الجائز لانه يتلاشى فى كل ساعة فاعتبر بقاؤه أهلا اه اتقانى قال قاضيخان فى فتاواه رجل وكل رجلا بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن اذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكر شمس الائمة السرخسى أنه لا ينعزل العدل اه (قوله وردتها لا تؤثر فى عقودها) لان المرتدة لا تقتل عندنا لان علة القتل الحراب ولم يوجد لانه ليس لها بنية صالحة للحراب اه غاية (قوله ولا يعود وكيلا عند أبى يوسف) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى أول الباب من كتاب الوكالة ثم قدر مدة اللحاق بأقل من سنة قال ان بقى أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لانا بقيناها على احتمال أن يعود فاما اذا بقى أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لان احتمال العود قد بطل بالحول ظاهرا وغالبا فصار كالجنون اذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة واذا استوعب السنة تبطل الى هنا لفظه رحمه الله فى شرح الكافى اه غاية (قوله وبالعاق لحق بالاموات الخ) والوكالة لا تبق بعد الموت فبطل والباطل لا يعود بخلاف أملاكه فانها قائمة بعد الموت فجاز أن تعود ولان اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فاذا طرأ عليها أبطلها كالجنون اه غاية (قوله وجه قول محمد) أى وجه قول محمد أن عدم نفاذ تصرف الوكيل فى دار الحرب لا باعتبار أنه انعزل بل لاعتبار أن الامر لم يتناول تلك البقعة كمن قال لغيره بع ثوبى ببغداد فأخرجه منها لم يجز بيعه فاذا عاد جاز بيعه فكذلك ههنا اه غاية (قوله وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة) بالاتفاق وهذا هو المشهور اه غاية

وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وأما قبل ذلك فموقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت الوكالة مشروطة فى عقد الرهن وكذا اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من أن يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر فى عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لانها لا تملك أن تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا فى حال ردتها فزوجها بعدما أسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت وكيلا بان يزوجها فزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد رحمه الله ولا يعود وكيلا عند أبى يوسف رحمه الله لان قضاء القاضى بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه فى مدبريه وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان أصل التصرف يملكه بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا أهلية له وجه قول محمد رحمه الله أن الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقاء تلك المعانى وهو العقل والقصد فى ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كأن لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو أغمى عليه زمانا ثم أفاق وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد

تعلقت

تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله (وافتراق الشريكين) أى تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمى والعزل الحكمى لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة فى ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدى فكيف يتصور أن ينعزل بدون علمه ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علم بذلك أو لم يعلم لانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بيناه فى كتاب الوكالة والثانى ان أحد الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل قال رحمه الله (وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا) معناه لو كان الموكل مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك أو لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التى لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط فى حالة البقاء قيام الامر كما فى الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوى فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمى كما اذا تصرف الموكل فى الشئ الذى وكل فيه هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له لان العجز أو الحجر يوجب الحجر عليهم من انشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك أو أذن للمحجور عليه لم تعد الوكالة التى بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم يعد بالكتابة الثانية والاذن الثانى ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن فى التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمى فيه قال رحمه الله (وتصرفه بنفسه) أى تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يدبره أو يكاتبه وان لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصله حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امرأة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوجها اياه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم أبانها حيث يجوز له أن يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت فى العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت فى العدة لان طلاق الزوج يقع عليها فى هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله أيضا قادرا

(قوله والفرق الخ) كما قالوا فيمن وكل رجلا ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل الوكيل فاذا رد على الموكل بعيب بقضاء عادت الوكالة لان الملك الاول عاد فعاد حقوقه اه غاية (قوله تبطل الوكالة بافتراق الشريكين) يعنى أحد شريكى العنان أو المفاوضة (قوله فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل) بخلاف ما اذا طلقها بنفسه ثلاثا حيث لا يكون للوكيل أن يطلقها بعد ذلك لا فى العدة ولا بعدها اه اتقانى (قوله حيث يجوز له أن يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة) ولو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس قول أبى حنيفة ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة ليس بمعهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما اه غابة

على الابتياع فتبقى الوكالة على حالها والا فلا ولو وكله ببيع شئ فباعه الموكل ثم ردّ عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان ردّ عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا ردّ عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله أن يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله بهبة شئ فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة المبيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة قائمة جازله أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فأسره العدو وأدخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذه من المشترى منهم بالثمن أو بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فبانت زوجها أو طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل أن يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجه امرأة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم أسرت وأسلمت جاز للوكيل أن يزوجه اياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما بناء على أن تسمية المرأة مطلقا تنصرف الى الحرة عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

قال رحمه الله (هي اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعو الشئ الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشئ الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة مأخوذ من قولهم ادّعى فلان شيأ اذا أضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأدبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشئ على الغير الا أن اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد أثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادّعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال وألف دعوى للتأنيث فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدّع والمفعول مدّعى عليه والمال مدّعى والمدّعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا تصح

(قوله ولو وكله ببيع شئ فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب الوكالة وكله بأن يؤاجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخسي لها زوج فوكلت رجلا بأن يزوجها من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوجها الوكيل من نفسه جاز قلت فقد صح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله جاز للوكيل أن يزوجها من الموكل) لانه أمره بانكاحها اياه وهو متصوّر بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار كأنه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل اه غاية

﴿كتاب الدعوى﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب داع الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يقتضي سابقية السبب اه اتقاني (قوله في المتن هي اضافة الشئ الخ) هذا ركنها لان ركن الشئ ما يقوم به الشئ والدعوى انما تقوم باضافة المدعي الى نفسه فكان ركنا اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون الا حال المنازعة لا حال المسالمة اه (قوله يقصد به الانسان ايجاب الخ) لانه يضيفه الى نفسه فيقول انّي اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

في

في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وأن يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يجاب وأن يكون المدعى شيأ معلوما لمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه اذا كان المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم واقامة البينة واليمين اذا أنكر قال رحمه الله (والمدعي من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه) أي لا يترك اذا ترك بل يجبر وهذه المعرفة الفرق بينهما وهي من أهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده فما ذكرنا هنا وهو حد صحيح لكونه جامعا للمحدود مانعا من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من تمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشئ ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد لما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما في يده لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من يشهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما في يده لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحذاقة لان العبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى ردّ الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه ردّه ولا ضمانه ولا يحلفه على انه ردّها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو ابراء الطالب فان القول للطالب مع انه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين يدعي اما الايفاء أو الابراء صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي وأمينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيأ علم جنسه وقدره) لان فائدتها الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشئ المدعى ان لم يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شئ من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ألحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا في يد

(قوله أو نعم) أي فاذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعي باقرار المدعى عليه وان قال لا يقول القاضي للمدعي ألك بينة فان قال لا يقول لك يمينه فان طلب المدعي يمينه استحلفه فان حلف برئ من الدعوى وان نكل لزمه الدعوى اه غاية (قوله في المتن والمدعي من اذا ترك الخ) قال الاتقاني وقال بعضهم صورة ذلك هو أنه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذي اذا ترك دعواه لا يترك اه (قوله كالمودع الخ) سيأتي قبيل قوله ولو افتدى المنكر يمينه أن المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات اه (قوله وهو منكر الوجوب) أي لوجوب الضمان لانه يتمسك بالاصل اذ الاصل في الذمم البراءة اه (قوله وسبب وجوبها الخ) لان أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء اه كاكي (قوله لفسادها) ولا نعلم فيه خلافا الا في الوصية فان الائمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول في الوصية فان ادعى حقا من وصية أو اقرار فانهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى الاقرار بالمجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الدنئ على الشريف اذا لم يعرف بينهما سبب اه كاكي (قوله في المتن فان كان عينا) قال الاستروشني في فصوله في الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو اما أن تقع في الدين أو في العين فان وقعت في العين فلا يخلو اما أن كان عقارا أو منقولا فان كان منقولا فلا يخلو اما أن كان قائما أو هالكا فان ادعى منقولا قائما فان أمكن احضاره مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه يشير اليه المدعي والشهود لتنقطع الشركة بين المدعي وغيره قال شمس الائمة السرخسي ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيأ له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفي القدوري

اذا كان المدعى شيأ يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث امينا كذا ذكره فى الذخيرة وذكره القاضى الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى فى المصر أما اذا كان خارج المصر كيف يقضى القاضى به والمصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحدا من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاءه اه (قوله وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى ويتعلق بالدعوى أيضا وجوب احضار العين المدعاة مجلس القاضى على المدعى عليه اذا كانت منقولة قائمة فى يده حتى يشير المدعى أو الشهود اليها أو يشير اليها المدعى عليه عند الاستحلاف اه (قوله ذكر قيمتها) أى ذكر المدعى قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان عين المدعاة تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لانها شئ تعرف العين الهالكة به اه (قوله لان غير المقدر) أى المقدر بالكيل أو الوزن اه (قوله يشترط مع ذلك) أى مع بيان قيمتها اه (قوله ذكر الذكورة) وبعضهم لم يشترط ذلك اه (قوله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به) قال الكاكى وفى المجتبى قال الاسبيجابى فى مسئلة سرقة البقرة لو اختلفا فى لونها تقبل الشهادة عنده خلافا لهما وهذه المسئلة تدل على أن احضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى اذ لو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون اه (قوله فى المتن وان ادعى عقارا الخ) ذكر هنا فصولا ثلاثة الاول تحديد العقار وهو بيان حدوده والثانى ذكر المدعى أن المدعى فى يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه بالمدعى أما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان الدعوى لا تصح فى المجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال فى شرح الاقطع لو وقعت الدعوى فى غير **(٢٩٢)** محدود ولم تصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير الشهود اليها بالشهادة قال فى شرح أدب القاضى يجب على المدعى وعلى الشهود الاعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن فى الدار البلدة ثم المحلة التى فيها الدار فى تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لان التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولا الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف والاعلام بأقصى ما يمكن قال فاذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضى وقضى به وقال الاستروشنى فى الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندى فى شروطه اذا وقعت الدعوى فى العقار لا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيارا لقول محمد بن الحسن فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال أبو زيد البغدادى يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا فى كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى الى ما هو الابعد لكن ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفرا فى الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف والا ترقى الى الجد الى هنا لفظ الفصول وقال فى هذا الفصل أيضا فى موضع آخر وذكر فى الذخيرة اذا ادعى محدودا فى موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ما هو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة حكى فتوى شمس الائمة السرخسى أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الاوزجندى أن المدعى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة فى المدعى وكان ظهير الدين المرغينانى يكتب فى جواب الفتوى لو سمع قاض هذه الدعوى تجوز وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين أنه لا بد أن يكتب بأى قرية وبأى موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول اه اتقانى وكتب على قوله عقارا ما نصه قال الاتقانى العقار بالفتح الارض والضياع والنخل

المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا فى الشهادة والاستحلاف) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحى حضره الحاكم أو بعث أمينه قال رحمه الله (وان تعذر ذكر قيمتها) أى ان تعذر احضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هى المدعاة فى هذه الحالة لصيرورتها دينا فى الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك فى الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب منى عينا كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته قال فى الكافى ذكر فى عامة الكتب أنه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضى فخر الدين والى صاحب الذخيرة واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وان ادعى عقارا ذكر حدوده) لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به

ومنه قولهم ما له دار ولا عقار كذا فى الصحاح وقيل العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره) كأبى حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبى ليلى وأبى حفص الكبير البخارى اه (قوله فى المتن وأنه يطالبه به) يعنى اذا كان المدعى دينا لا عينا لا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضى كما يشترط فى العين القائمة لان الاحضار انما شرط ثمة ليمتاز المدعى من غيره بالاشارة التى عند الدعوى والشهادة وعند استحلاف المدعى عليه لان العين قد تشترك مع عين أخرى فى الوصف والحلية فلا ينقطع الشك ما لم تكن الاشارة اليها فى الحضور والدين لا يمكن إعلامه بالاشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى فى قيمتها ان لم تكن من ذوات الامثال وفى مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين فى الذمة والشهادة على الديون تقبل بلا اشارة اليها بل لا بد من بيان الجنس والقدر والى هذا أشار القدورى عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما فى جنسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعا ولكن ان كان نقليا قائما بعينه يشترط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتقانى **(٢٩٣)** ﴿فروع﴾ فى التتمة لو ادعى دينا فى التركة وقال كل التركة فى يد هذا يحلف وحده بالله ما وصل اليه شئ من التركة ولا يعلم أن لهذا دينا على أبيه وقيل يحلف يمينين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمعوا أن المدعى بعد ما أقام البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه وان لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الولوالجى فى أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى دينا فى التركة وأقام البينة فان القاضى يحلفه بالله ما استوفيته ولا شيأ منه وهذا ليس فى هذا الموضع خاصة بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة وأثبته بالبينة فانه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناطفى رحمه الله فى أدب القضاء ما ملخصه رجل ادعى على ميت شيأ أو أقام البينة على وارث واحد أو على الوصى فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه بدليل انه لو أقام البينة على رجل للميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبدليل أن له أن يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصما فى الجميع قبلت بينته فى ذلك وكذلك الوصى لان الوصى خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها لخصم فوجب أن تقبل وان أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثا أو وصيا لان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصما فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغارا نصب لهم وصيا ويجوز اثبات الحق المدعى على الميت عليه لان القاضى ولى عليهم فصار كالاب وللاب أن ينصب عليهم وصيا كذلك هذا ولان ولاية القاضى أبسط من ولاية الوصى وللوصى أن يقيم غيره مقامه كذلك القاضى أن ينصب لهم وصيا ثم اذا دفع المال الى الغريم استحلفه القاضى بالله ما قبض هذا المال الذى ثبت له ولا شيأ منه من فلان بن فلان ولا من أحد أداه اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا عن شئ منه ولا احتط

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أى كفى ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفى ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا أن للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد فى الدعوى يشترط فى الشهادة أيضا لانه بها يصير معلوما للقاضى قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أى ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذكر الجد ان لم يكن مشهورا) أى لا بد من ذكر جد كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به فى الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال رحمه الله (وأنه فى يده) أى وذكر أن العقار فى يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله (ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضى بخلاف المنقول) أى لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعى والمدعى عليه أن العقار فى يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه أو علم القاضى لتنتفى تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأنه يطالبه به) أى ذكر القاضى أنه يطالبه بالشئ المدعى لان القاضى لا يعلم لماذا ذكر حقه عنده فبذكر أنه طالب تبين له فلا بد من التنبيه عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضى انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضى لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا بين طلبه أجابه والا فلا لاحتمال أن يكون عنده برهن أو وديعة أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب فى المنقول أن يقول هو فى يده بغير حق قال رحمه الله (وان كان دينا ذكر وصفه وأنه يطالبه به) لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى

عنه من ذلك شيأ ولا احتال به ولا بشيء منه على أحد ولا أحال بذلك ولا بشيء منه على فلان الميت ولا ارتهن بذلك ولا بشيء منه على فلان الميت فاذا حلف دفع اليه المال لان الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستحلفهم وكذلك السبيل فيما يدعى في يد الميت من ضيعة أو عقار اه قال قاضيخان آخر كتاب الوصية قال أصحابنا ان الرجل اذا ادعى دينا على الميت وأثبته بالبينة فان القاضي يحلفه بالله ما استوفيت منه شيأ ولا أبرأته يحلفه على هذا الوجه نظرا للميت والوارث الصغير وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقوله نظرا للميت الخ يفيد أن التحليف واجب والله الموفق اه (قوله والا يحصل للحالف الثواب) سيأتي عند قوله في المتن ولا يستحلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضا اذا أقام المدعي الخ) قال الاتقاني وعند الشافعي يقضي بيمين المدعي في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الحجاز جميعا أحدهما اذا أبى المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعي فان حلف يقضي عليه بما ادعى وان أبى عن المنازعة والثاني اذا أقام المدعي شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلف قضي له وعندنا لا يقضي بيمين المدعي أصلا ففي الفصل الاول يقضي بنكول المدعى عليه وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه فان نكل يقضي به اه (قوله في المتن ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يدعي السبب بأن يقول هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وجه قول الشافعي أن الخارج وذا اليد تساويا في البينة وانفرد ذو اليد باليد فكان أولى اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو عبدا أو حرا أو امرأة أو رجلا والمدعى قبله كذلك والمدعى به أي مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فان صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء ان ثبت حقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فان أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضي عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (والا حلف بطلبه) أي وان لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا ترد يمين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراء شيء آخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه هو ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدي دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا أن يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال رحمه الله (ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق) أي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق

(قوله وان أقاما بينة فبينة الخارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن بينة ذي اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفريع وقول أحمد بن محمد بن حنبل كقولنا كذا في الخرقي اه اتقاني (قوله لان اليد لا تدل على هذه الاشياء) أي كما لا تدل اليد على النتاج فكانت بينة ذي اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد اه اتقاني (قوله في المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال اه (قوله ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله له والضمير المستتر في قوله نكل راجعين للمدعى عليه وعلى الاول فضمير له راجع للمدعي وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله أو لاجل التورع عن اليمين) قال الاتقاني ولان النكول عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والتحرز عن اليمين الفاجرة والتروي لاشتباه الامر والمحتمل لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضي الله عنه) أي حين ادعى عليه المقداد مالا عند عمر رضي الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم) قال الاتقاني ولنا اجماع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبا بكر المدعو بخواهرزاده قال في مبسوطه روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبي موسى الاشعري رضي الله عنهم أنهم قضوا بالنكول وروي ذلك عنهم بألفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع اه

المطلق وان أقاما بينة فبينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى من بينة الخارج لتأكدها باليد فصار كما اذا أقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهما فانه يكون أولى ولو ادعيا أمة وادعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها أو أعتقها أو استولدها وأقاما بينة كان بينة صاحب اليد أولى ولنا أن البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها أخذت حكم الاثبات لما أنا لا علم لنا به اذ الاحكام تثبت بأسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان بينته أكثر اثباتا لانه بينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيأ لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقدر ما أثبته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى أن من رأى شيأ في يد انسان جاز له أن يشهد بأنه له واذا نازعه أحد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيأ لم يكن وأما بينة الخارج فانها أثبتت شيأ لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على أولية الملك وأولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد أولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه ولا يقال انهما ولم يذكرا سبب الملك بأن ادعى كل واحد منهما أنها امرأته ولم يذكر السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب ألا ترى أنهما لو اختلفا في الولاء مشخص وأقاما البينة كانت بينة ذي اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا أحلف أو سكت) أي قضى للمدعي ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا أحلف أو دلالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أي قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل أن يكون لاجل اشتباه الحال أو لاجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله تعالى عنه فانه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافقه قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين وروي عن علي أيضا أنه وافق اجماعهم

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقانى ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبى حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبيه فلولا ذلك حلف المدعى عليه عملا بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو أقر فاذا بذل أو أقر وجب على القاضى الحكم بذلك فكذلك اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لانا نقول لا يعتبر التكرار شرطا فى النكول على ماذكر محمد فى الاصل ولئن سلمنا أن التكرار شرط على ماذكره الخصاف فنقول لا يمتنع أن يعتبر التكرار فى النكول دون الاقرار مع تساويهما فى الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لانا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا فى الحدود الواجبة لله تعالى فانه اذا أقر ثم رجع يقبل بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

فانه روى عن شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدى على رضى الله عنه فقال له على رضى الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرومية أصبت وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن امرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وهو مذهب أبى موسى الاشعرى ولان النكول دل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ذلك لأقدم على اليمين أداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر أنه يأتى بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين أن يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما روينا من أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا ندبا) أى عرض القاضى اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب بقول له فى كل مرة انى أعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه لان الشافعى رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة فى الانذار ولا بد أن يكون النكول فى مجلس القاضى لان المعتبر يمين قاطع الخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره فى حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور وغير مأخوذ به وليس بشئ أصلا لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث فى يمينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه ألفا وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفى النهاية لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شئ على المدعى عليه قال رحمه الله (ولا يستحلف فى نكاح ورجعة وفئ وايلاء واستيلاد ورق ونسب

لتعلق حق العبد اه (قوله باذلا) أى حق المدعى عند أبى حنيفة اه (قوله أو مقرا) أى بحق المدعى عندهما اه (قوله لما روينا من أن اليمين على المنكر) بيانه أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر لقدم العهد فمن قال بردها على المدعى كان ذلك منه ردا لحكم الحديث وهو فاسد اه اتقانى (قوله حكم عليه اذا علم الخ) اعلم ان الروايات اختلفت فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضى عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا فى شرح الاقطع والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ويقال طرش يطرش طرشا من باب علم أى صار أطروشا وهو الاصم اه اتقانى وكتب ما نصه قال فى خلاصة الفتاوى فى الفصل السابع من كتاب القضاء ما نصه وفى الاقضية رجل ادعى على آخر مالا فلزمه السكوت فلم يجب أصلا يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة فى لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكت ولم يجب ينزل منزلة منكر قال الامام السرخسى هذا قولهما أما عند أبى يوسف فيحبس حتى يجيب اه (قوله وعند محمد رحمه الله لا يظهر) قال فى الدراية والفتوى فى دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب فحلف ثم أقام بينة يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعى بينة على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الابراء أو الايفاء كذا فى الفصول اه (قوله فى المتن ولا يستحلف الى قوله وولاء) قال صدر الشريعة اعلم ان فى هذه الصور لا يستحلف عند أبى حنيفة وعندهما يستحلف وصورتها ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة الرجعة فى العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الايلاء الفئ فى المدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

وولاء وحد ولعان وقال القاضى الامام فخر الدين) رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه يستحلف المنكر فى الاشياء الستة) يعنى فى هذه الاشياء التى عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول أبى حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له فى التجارة وكذا يجوز فى الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضى أن يقضى بالنكول ويصح ايجابه فى الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح فى الشائع فيما ينقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين أن يكون مقرا والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان ألا ترى أنها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضى الى القاضى ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على أنه كاذب فى الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثار الرجوع الى الحق اذ هو أولى من التمادى على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابى حنيفة رحمه الله أنه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجرى فيها البذل والاباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص فى النفس وكالحدود واللعان وفى حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز الا فى مجلس القاضى وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شئ ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقى فوجد به عيبا فخاصمه فى النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم أراد أن يرد النصف الآخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا أنكر ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه لتنتهى به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبى المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن فى التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز فى الدين بناء على دعوى المدعى ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز فى المال لان أمر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضى أن يقضى بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعى كان له الشئ المدعى ظاهرا وأبطله المنكر بالنزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه فى الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه فى الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتآكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأى فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضى الله عنه عن الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهم فى اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز فى مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار

النسب أنه عبده أو ولده وأنكر المجهول أو بالعكس أو اختصما فى ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة على هذا الوجه أو ادعت الامة على مولاها أنها ولدت منه ولدا أو ادعاها وقد مات الولد ولا يجرى فى هذه المسئلة العكس لان المولى اذا ادعى ذلك تصير أم ولد باقراره ولا اعتبار بانكار الامة اه (قوله فى المتن وحد ولعان) كما اذا ادعى على آخر أنك قذفتنى بالزنا وعليك الحد لا يستحلف بالاجماع وكذا اذا ادعت المرأة على الزوج أنك قذفتنى بالزنا وعليك اللعان اه صدر الشريعة سيأتى عند قوله فى المتن ويستحلف السارق الخ حاشية نافعة هنا فراجعها والله الموفق (قوله قال القاضى الامام فخر الدين) المراد به قاضيخان كذا فى شرحى المجمع وغيرهما اه (قوله يستحلف المنكر فى الاشياء الستة) النسب والاستيلاد شئ واحد فلذا قال فى الاشياء الستة اه لكن الشارح بعد قوله فى الشرح ومعنى البذل الخ قال بخلاف الاشياء السبعة (قوله ولا يجوز بذله) اذ البذل انما يكون فى الاعيان اه

(قوله ولابى حنيفة أنه) أى النكول اه (قوله فلا يقضى فيها) الذى بخط الشارح فلا يقضى بها بالنكول اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب وأخواه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا بخط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى لو ادعى الاستيلاد يثبت باقراره ولا يلتفت الى انكارها اه (قوله واختار فخر الاسلام على البزدوى قولهما للفتوى) قال الكاكى وفى جامع قاضيخان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ماذكره فى المختصر) لم يذكر فيه البزدوى وانما ذكر القاضى الامام فخر الدين ومراده قاضيخان فانه ذكر ذلك فى شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو متن الكنز اه (قوله فادعى العبد أنه قد زنى الخ) ينبغى أن يقول العبد فى دعواه انه قد أتى ما علق عليه عتق ولا يقول انه قد زنى كيلا يصير قاذفا مولاه اه (قوله ثم اذا لم يحلف المنكر فى النسب الخ) قال فى الهداية وانما يستحلف فى النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره قال الاتقانى يعنى يثبت الاستحلاف عند أبى يوسف ومحمد فى النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط أن يثبت النسب باقرار المقر أما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجرى الاستحلاف فى النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار عما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج فى اقرارها بالولد أو تشهد بولادته الولد (٢٩٨) فابلة قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه فى باب الاستحلاف فى الادعاء الاصل فى هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر به لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبى حنيفة لا يستحلف وعند أبى يوسف ومحمد يستحلف

بخلاف المعتق على معنى أنه ترك منع وان المدعى يأخذه محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى فى هذه المسائل تتصور من أحد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور أن يكون المدعى فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام على البزدوى قولهما للفتوى على ماذكره فى المختصر واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضى ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس الائمة فى التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر فى النسب عنده هل تقبل بينة المدعى ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل فى الحكم كأنه هو المعتق ولهذا لا ترث النساء الولاء ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كما فى المال وكذا لو أعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان أحدهما عن ابن واحد والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما بجعل كأنهم أعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف والعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان

فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى هنا لفظ خواهر زاده وقال أيضا ثم جميع ماذكرنا أنه لا يمين فى النسب اذا وقع الدعوى فى مجرد النسب فأما اذا وقع فى النسب والميراث والنفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستحلف عند أبى حنيفة للمال لا للنسب يستحلف بالله ماله فى ذلك المال الذى يدعى حق وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع فى النسب والمال جميعا والمال مما يجرى فيه الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب عند أبى حنيفة وكان الجواب فيه عند أبى حنيفة كالجواب فى السرقة عند الكل اذا أنكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ماله قبلك ضمان هذا المال وان كان لا يستحلف للقطع لان الدعوى وقع فى الحد والمال جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولاء للكبر) قال فى المصباح والولاء للكبر بالضم أى لمن هو أقعد بالنسب وأقرب اه وفى المغرب وقولهم الولاء للكبر أى لا كبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا يقال هو كبر القوم أى أقعدهم فى النسب وأقربهم الى الجد الاكبر وفى الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اه

(قوله فى المتن ويستحلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير فى كتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه قال لا يمين فى حد الا (١) لو ادعى على رجل سرقة استحلفه فان أبى أن يحلف ضمنه السرقة قال القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يستحلف فى شئ من الحدود لا فى الزنا ولا فى السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا ان طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان يستوفى بالنكول فوجب اثبات أحدهما واسقاط الآخر وأصل ذلك ما قالوا فى شروح الجامع الصغير أن الاستحلاف شرع للنكول والنكول اما بذل أو اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة فى الحدود ولان الاستحلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتال لدرئها فلا يتكلف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا فى السرقة لان المقصود هو المال فيستحلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين فى المال دون القطع اه اتقانى (قوله فى المتن والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لانه يحلف فى الطلاق اجماعا اه (قوله فى المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أى فى قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها فيه فى كتاب القضاء وذلك لان المقصود من (٢٩٩) هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا التزوج والاستحلاف يجرى فى المال اه غاية (قوله وكذا فى النكاح اذا ادعت الصداق) يعنى اذا كان مع النكاح دعوى المال يجرى الاستحلاف بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجرى فى الاول دون الثانى اه اتقانى (قوله وكذا يستحلف فى النسب الخ) يعنى اذا ادعى فى النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستحلف بالاتفاق وان كان لا يستحلف عند أبى حنيفة فى دعوى النسب المجرد اه

كان نسبا يثبت باقراره والا فلا قال رحمه الله (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضى الى القاضى فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول فى الاستحلاف بالله ماله عليك هذا المال وعن محمد رحمه الله ان القاضى يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع قال له ان الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال أريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أى يستحلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجرى فى المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا فى النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف فى النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذى ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) أى يستحلف جاحد القصاص فان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان فى امتناعه عن اليمين احتمالا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا تجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشئ وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشئ لان

اتقانى (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لابيه وان أباهما مات وترك مالا فى يد المدعى عليه فانه يستحلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والحجر) بان التقط رجل صبيا لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط وأخذه بالحضانة وأنكر الملتقط ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أى اذا قال المدعى وهو زمن انه أخو المدعى عليه فافرض لى النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع فى الهبة) صورته ما اذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الواهب فانه يستحلف فان نكل ثبت الامتناع ولم تثبت الاخوة اه اتقانى (قوله فى المتن وجاحد القود) قال الاتقانى وهذا فى دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شئ آخر بعد ذلك فأما اذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجئ فى باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص فى النفس أو فى الطرف يحلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتص فى الطرف ولا يقضى بشئ فى النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال فى النفس والطرف جميعا اه (قوله يستحلف جاحد القصاص) أى بالاجماع اه

(١) هكذا بياض بأصل الحاشية فى الموضعين كما ترى

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره) أى الا أنه لا يباح لعدم الفائدة يعنى اذا قطع يد من قال اقطع يدى لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرق ثوبى أو أتلف مالى لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقانى (قوله فى المتن وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أى اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شئ وفى النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والولى يدعى العمد تجب الدية وبالعكس لا يجب شئ بخلاف الضمان فى السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر بقى الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى أبيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى أخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجرى فيها البذل كالاموال الا أنه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما فى القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف ومحمد مع أبى حنيفة فى رواية ومع أبى يوسف فى أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابى يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذى رويناه وله غرض صحيح فى الاستحلاف وهو أن يدفع مؤنة المسافة و يتوصل الى حقه فى الحال باقراره أو نكوله وفى البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابى حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما رويناه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان فى استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذ أقام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبها تلوا حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضى ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبى يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسى القاضى حتى اذا كان يجلس فى كل يوم يكفل الى اليوم الثانى وان كان يجلس فى كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق فى الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لى بينة حاضرة وان قال ليس لى بينة أو شهودى غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة فى التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آئبا ويمكنه الاستحلاف فى الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبى لازمه) أى دار معه (حيث سار) أى ان أبى أن يكفل لا يجبره القاضى على التكفيل بل يأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضى) أى الى

قوله بعد ولو كان غريبا الخ اه (قوله وفيه) أى فى اعطاء الكفيل نظر للمدعى وهذا هو وجه الاستحسان اه (قوله ولا فرق فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية اه (قوله والخطير) لان أعطاء الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينهما اذا كان معروفا ولم يكن أو كان المال خطيرا أو حقيرا كاليمين اه اتقانى (قوله فى المتن فان أبى لازمه) قال فى الفتاوى الصغرى فى مسائل العدوى المدعى اذا طلب من القاضى أن يأخذ من المدعى عليه كفيلا وأبى المدعى عليه اعطاء الكفيل فالقاضى يأمر المدعى بملازمته ثم قال وتفسير الملازمة (١) (قوله فى المتن ولو كان غريبا الخ) قال الاتقانى وأما اذا كان المطلوب غريبا لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان أعطى كفيلا بنفسه مختارا يقبل ذلك منه وان لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك لان الكفيل يمنعه من السفر والذهاب ﴿فرع﴾ ذكر فى الواقعات الحسامية فى كتاب أدب القاضى فى الباب المعلم بعلامة الواو اذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه بشئ ويصالحه ولا يعجل باليمين احترازا عن الوقوع فى الحرام أن وهو اليمين الكاذبة وان أبى الخصم الا أن يحلفه فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك وتذكرهنا نبذا من مسائل ذكرها

(١) هكذا فى الاصل وكتب فيه الناسخ هنا لم يكتب

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر فى هذا القدر ظاهرا وكذا اذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله أن يطلب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلا فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلا بالمال فله أن يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وهو قد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعى منقولا فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا ألح الخصم) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال ان الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت رواه البخارى ومسلم وأحمد وفى لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله أو ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها فقال لا تحلفوا بآبائكم رواه أحمد ومسلم والنسائى وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائى وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضى أن يحلفه بهما اذا ألح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى فى زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد أو المدعى أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضى لانا أمرنا باكرام الشهود والمدعى لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا أقام بينة قال رحمه الله (وتغلظ بذكر أوصافه) أى تؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ و يتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

الخصاف فى أواخر كتاب الحيل ان قال كل امرأة لى طالق ونوى كل امرأة أتزوجها باليمن أو بالهند أو بالسند أو فى بلد من البلدان له نيته فى ذلك ولا يحنث وقال ان ابتدأ اليمين بالله يحتال و يقول هو الله و يدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلما أوقعت أنا كيف يحتال فى ذلك وقد كتب اليمين فى كتاب و يريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشى وصدقة ما يملك قال نعم و ينوى بنعم من النعم أى من الانعام فاذا أجابه بنعم ينوى نعما من الانعام لم يكن عليه شئ وكذلك ان قال نساؤك طوالق ونوى نساءه العور أو العميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات و يقصد الى صفة من تلك الصفات التى ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما يملك من نوع من تلك الانواع التى ذكرناها يقصد بنيته الى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحلفه أنه لم يفعل كذا وكذا أو أحضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك وظهره و يقول هذا حر يعنى ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا يعنى لم أفعل ذلك الشئ بمكة أو فى المسجد الحرام أو فى مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو فى بلد من البلدان وينوى ذلك (٣٠١) فلا يحنث ان كان مر فعل ذلك الشئ فى غير ذلك الموضع الذى نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتى طالق ثلاثا و ينوى عملا من الاعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق و ينوى بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه فى ذلك حنث قال قلت أرأيت سلطانا بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذى بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذى استحلف ما الذى بلغك عنى فاذا قال بلغنى عنك انك قلت كذا وكذا وحكى الكلام فان شاء حلف له بالعتاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذى حكاه هذا ولا سمع به الا الساعة يعنى ما تكلم بهذا الكلام الذى حكاه ولا سمع بهذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم وان شاء نوى فى الطلاق والعتاق ما شرحناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة أو بالبصرة أو فى اليمن أو فى بلد من البلدان غير البلد الذى كان تكلم به ذا فيه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى فى دار فلان أو فى المسجد الجامع أو فى شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقى يعلم فى كتاب الحيل اه اتقانى رحمه الله ﴿فرع آخر﴾ قال الاتقانى رحمه الله ورأيت فى محيط شمس الائمة الحلوانى واستحلاف الاخرس أن يقول القاضى عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق و يشير الاخرس برأسه أى نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الاخرس برأسه أى نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة من النفى والاثبات بمنزلة العبارة من النطق فى سائر الاحكام فكذا فى حق الحلف والقاضى لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون يمينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون يمينا فكذلك الاخرس ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير كأنه قال على عهد الله ان كان لهذا على كذا اه (قوله فى المتن وعتاق) أى وحج اه غاية (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا فى الخلاصة اه

(قوله ويحترز عن عطف بعض الاسماء) أي فانه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان والمستحق عليه يمين واحدة فيراعي القاضي هذا اه اتقاني (قوله في المتن ويستحلف اليهودي بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمرأة فيما ادعوا أو ادعي عليهم سواء أما الذمي فانه لا يفارق المسلم في أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحكامنا الا ما استثني بعقد الامان وأما العبد فلانه ممن يصح اقراره فجاز أن يستحلف وكذلك الصبي التاجر على أصلنا اذا الاذن في التجارة جائز فيصير كالعبد المأذون والمكاتب في يد نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال في باب التصرف فجريا مجرى واحدا الى هنا لفظ القدوري وقال في شرح الطحاوي ويستحلف النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ولا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وعند محمد بالله الذي خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقال في الاجناس قال في المجرد قال أبو حنيفة ان لم يتهمه القاضي اقتصر على قوله بالله الذي لا اله الا هو وان اتهمه حلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين وأما في حق اليهود يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى وفي حق النصارى بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ويحلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت نار المجوس وانما يستحلفه عند القاضي ونقله عن أدب القاضي والاصل أن فائدة اليمين النكول الذي هو اقرار أو بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه اليمين كما في المسلم اه اتقاني (قوله في المتن على موسى) أي لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمة له اه اتقاني (قوله على عيسى) أي لان النصراني يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا فيما بينهم أنه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقاني (قوله صوريا) بالقصر اسم أعجمي اه غاية (قوله أنشدك) أي أسألك اه (قوله بذكر خلقها) كذا بخط الشارح وفي بعض الشروح بذكر خالقها اه ﴿فرع﴾ قال في شرح الاقطع وأما الصابئة فان كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالذي أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذي خلق الكواكب اه اتقاني

ينقص عنه الا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن ففي المساجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما تنقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة قال رحمه الله (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الاعور اليهودي أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حكم الزاني في كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد أن الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف أحدا الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيمها الا لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكر ههنا هو المذكور في الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويحلف على الحاصل أي بالله

(قوله بالله ما بينكما نكاح قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهبهما لان الاستحلاف لا يجري في النكاح عند أبي حنيفة اه (قوله الآن) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة الاخيرة اه (قوله فان أنكر السبب) اي بان قال ما استقرضت ما غصبت اه (قوله وان أنكر الحكم) أي بان قال ليس له على هذا المال ولا شئ منه اه (قوله ثم الالتحاق بدار الحرب) أي والسبي بعد ذلك اه (قوله في المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف روى أن رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل ابن حماد بن أبي حنيفة أنه اشترى دارا في جواره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء فاراد اسمعيل أن يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشتري الانسان ويسقط الشفيع شفعته فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعي ان هذا يعتقدان شفعة الجوار غير واجبة فان استحلفته تأول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعي من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال فامتنع من اليمين اه اتقاني (قوله في المتن والمشتري أو الزوج لا يراهما) أي كما اذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اه (قوله ومباشرته) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرته اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أي وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طروّ الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفيها الا على نفي السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعي هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقايلنا أو نحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم الالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل أن يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل أن تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراهما يحلف على السبب) لما ذكرنا فحاصله أن التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعي أو كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض فحينئذ يحلف على الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر) أي يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر أنه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم أنه ملك المملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري أن العبد آبق ونحو ذلك فأراد المشتري تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء قال الاتقاني وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعى عليه المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم قال جائز وليس للمدعي أن يستحلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك ان صالحه من يمينه على عشرة دراهم أما جواز الافتداء فلما الخ (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمال مثل المدعى أو أقل من المدعى والصلح انما يكون على أقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع وهي مسئلة الصلح على الانكار فيجوز عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمهم الله اه (قوله وقيل كان على مقداد) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفاها لعثمان رضي الله عنهما اه (قوله وان كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا تستطيع أن توسعه عذرا اه (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوب اه معراج

﴿باب التحالف﴾

(قوله في المتن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه اه هداية (قوله في المتن وان برهنا فلمثبت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشترى هذه العين بعشرة وادعى البائع أنه باعها بخمسة عشر وأقام كل واحد بينة على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكر بعشرة وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اه غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اه (قوله والا وبينة المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في الشامل في قسم المبسوط قال البائع بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لان كل واحد منهما أثبت ببينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اه غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اه (قوله والأخرى تنفيه) أما حق المشتري فثابت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت بينته له شيأ وانما الاختلاف في حق البائع فبينته أولى بالقبول اه

على البتات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده) لما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعي عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن الاسود سبعة آلاف درهم أقرضها اياه فقضاه منها أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يحلف ولان بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع بها الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذه على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز أن يكون لعقد واحد جهتان كمن أقر بحرية عبد ثم اشتراه فانه يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

﴿باب التحالف﴾

قال رحمه الله (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضي لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه نور دعواه بالبينة اذ البينة مبينة كاسمها فبقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهنا فلمثبت الزيادة) أي اذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه وفي الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرض بدعوى أحدهما تحالفا) أي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه يقال لكل واحد منهما اما أن ترضى بما قاله صاحبك

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا ولعله هنا اكتفى بما في الشارح من الحديث اه كتبه مصححه

(قوله والا فسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري والا فسخنا وفي صورة ما اذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ما ذكره اه (قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكره في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجه قول زفر وهو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى اه غاية وكتب ما نصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري ان كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتدئ بيمين البائع وان كان البائع ابتدأ بالدعوى ابتدئ بيمين المشتري اه غاية (قوله لاستوائهما في فائدة النكول) أي لان كل واحد منهما اذا نكل لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غاية (قوله في المتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الائمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقي بيعا بلا ثمن فيفسد فينقض العقد فيما بينهما وانما ينقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي النقض فأما بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان وهو أن الزوجين اذا فرغا من اللعان فان القاضي يفرق بينهما سواء طلبا من القاضي أو لم يطلبا لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا على ما قال عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه الى طلب العبد وأما العقد وفسخ العقد حقهما فشرط طلب العبد لهذا وقال الامام الناصحي في تهذيب أدب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يسألا ذلك أو يطلب أحدهما لان الفسخ حق لهما بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وترادا اه (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني اذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع بينهما اه وكتب على قوله بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اه (قوله أو بثمن مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اه غاية (قوله وقيل ينفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح رحمه الله لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وان لم يطالبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف البيوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء اه (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقاني وأما صفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بمائة ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بمائتين اه (قوله والاصح الاقتصار الخ) قال الاتقاني وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفي فلو جمعنا بين الامرين لتضمنت الاثبات والنفي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الامرين تأكيد للنفي وليس بممتنع أن يكون اليمين موضوعها النفي ويضم اليها الاثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا عن الحديث النخعي وامام زفر وانما خص البائع بالذكر لان عين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

والا فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما انكارا اذ هو المطالب بالثمن أولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند النكول وبنكول البائع تتأخر الفائدة لان تسليم المبيع يتأخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتفي بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداءة هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع عينا بعين أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول قال رحمه الله (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكره في المبسوط أن وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي

فكث صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه اه (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أي وضعت لا على الاثبات اه (قوله في المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال في شرح أدب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت أو لم تكن فانهما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشترى فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشترى على دعوى البائع فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بألفي درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول في معنى البذل وبذل الاعواض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اه اتقانى (قوله لانه) أي النكول اه (قوله نحو أن يشترى الرجل من آخر سمنا في زق الخ) هذا الفرع مذكور في متن الكنز في البيع الفاسد وراجع الحاشية التي في خيار الرؤية نقلا عن الكمال عند قوله والمشترى لو في الرؤية اه (قوله فكذا في مقدار المقبوض) يعني القول فيه للقابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا بأن الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشترى لان كلا منهما منكر لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ويدعى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف في أحدهما فأحدهما يدعى زيادة البدل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم المبدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فخالف القياس لان القابض منهما لا يدعى شيأ على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقرا به أو باذلا فلزمه اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيأ أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البدل مقصودا وأما اذا كان في ضمن شئ آخر نحو أن يشترى الرجل من آخر سمنا في زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشترى هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار المقبوض وان كان في ضمنه اختلاف في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق قال رحمه الله (وان اختلفا في الاجل أو شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا) والقول للمنكر مع يمينه أما الاختلاف في الاجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والابراء ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجرى فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن الثمن وجود بدونه وكذا

هذا الفرع ذكره في المتن في خيار العيب حيث قال والقول في مقدار المقبوض للقابض فليراجع ما قاله الشارح اه (قوله في المتن أو في قبض بعض الثمن) ذكر البعض ليس بقيد اذ الحكم فيما اذا اختلفا في قبض كل الثمن كذلك يكون اليمين على البائع لا غير اه (قوله والابراء) يعني اذا اختلفا في حط بعض الثمن أو ابراء كل الثمن لم يتحالفا وكذا اذا اختلفا في الاجل وشرط الخيار اه (قوله ولهذا لا يختل العقد بانعدامه) أي بانعدام الاجل وشرط الخيار اه (قوله بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) أعني في جودته أو رداءته اه غاية (قوله وجنسه) أي بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير اه غاية (قوله لكونه دينا في الذمة الخ) والتحقيق هنا أن يقال ان التحالف شرع بالنص اذا وقع الاختلاف في الثمن أو المثمن اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا ممكن عند الاختلاف في الثمن أو المثمن لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المثمنين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثمن وهو فاسد فيجب الرد والمتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بدونه كما لو عقد البيع بدونه في الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقائه على الصحة وثمرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدى الى الفسخ ويعلل أيضا لخيار الشرط فنقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسبيجابي في بيوع شرح الطحاوي والاصل في هذا أن العاقدين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا أو نقول متى اختلفا في كلمة العقد تحالفا ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والاجل مملوك بالشرط وليس في كلمة العقد والثمن والمثمن مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

مستحقهما

اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو اما أن يختلفا في أصله أو في قدره أو في مضيه فان اختلفا في أصله فالقول قول البائع لانه يستفاد من جهته وان اختلفا في قدره فالقول قوله أيضا والبينة في المسئلتين جميعا بينة المشترى لانه يثبت الزيادة وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشترى انه لم يمض والبينة بينته أيضا لانه يثبت الزيادة وان اختلفا في المضى والقدر فالقول قول المشترى في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شهرا لم يمض والبينة بينة المشترى وهذا اذا كان المبيع عينا فأما اذا كان دينا يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند علمائنا الثلاثة لانهما اختلفا في المملوك بالشرط وعند زفر يتحالفان ويترادان لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم اه (قوله وفرق بين الاجل في السلم الخ)

مستحقهما مختلف فان الثمن حق البائع والاجل حق المشترى ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في أصله أو قدره لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولان النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابها ذا الشئ لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا للمنكر والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنافيه لان الاجل أجنبي عن العقد ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بانه باعه بألف الى شهر وشهد الآخر بانه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار الى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان لان أحدهما انفرد في انكار أصل البيع والاختلاف في مكان الايفاء وقد مر بيانه في البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجرى التحالف بينهما مع امكان المعرفة فأولى أن يجرى عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه اذ البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن الشاهدين في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحد البدلين أو اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فائدة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشترى أو سقوط الثمن كله عن المشترى على تقدير عدم نكوله ولابي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا بشرط أن تكون السلعة قائمة وما رويا من المطلق محمول

ثم الاختلاف في أجل السلم لا يخلو اما ان اختلفا في أصله أو في قدره وفي مضيه أو فيهما جميعا أما اذا اختلفا في أصله فانه ينظر ان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا ويجوز السلم وان كان مدعى الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله أيضا استحسانا ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو القياس ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه والبينة أيضا بينته ولو اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر قول رب السلم والقول في المضى قول المسلم اليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة المسلم اليه على اثبات الزيادة وانه لم يمض اه غاية قال في المجمع والمسلم اليه في دعوى التأجيل مصدق كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أي ويقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أي بعد قبض المشترى اذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه اه كاكى وكتب ما نصه قال في المجمع أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته وجعلا القول للمشترى اه قال الاتقانى وأجمعوا على أن السلعة اذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اه شرحه (قوله وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه) أي ببيع أو هبة لان خروج المبيع عن ملك المشترى هلاك حكما والهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أي لان الواو للحال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون فى القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوى لهما عن النبى صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع ويحال ترك الراوى عن النبى صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد فى حكم واحد ومحل واحد وهذان الحديثان هنا رويهما ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس فى معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشترى فيه شيأ بخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن البيع بألف يصير بألفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا فى القدر مع اتحاد الجنس لان المدعى أحدهما لا الاختلاف فى العقد بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على ألف وهو يكفى للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى أحدهما هبة والآخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ببقاء المعقود عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الآخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والا قيمته ولا نسلم أن فى التحالف هنا فائدة لان المقصود فى الفسخ أن لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذى ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشترى بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هى غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتنى هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذى ورد عليه العقد فلا يكون فى الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أى فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشترى ثم اختلفا فى الثمن قال القدورى فيها لا يتحالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا فى النهاية لفظ المبسوط وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له وقال قاضيخان وذكر فى الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى أن لا يمنع ولابى يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة رحمه الله أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فحينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحى ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند المشترى) أى قبل نقد الثمن اه

فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيأ وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل الاستثناء قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على أنهما لا يتحالفان وان لا يحلف المشترى وحده لان المستثنى منه يمين المشترى لانه المذكور قبله وقال فى النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشترى ومعناه ان البائع يأخذ الحى منهما صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله ويكون القول قول المشترى مع يمينه الا أن يأخذ البائع الحى ولا يأخذ شيأ آخر فحينئذ لا يحلف المشترى قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان أخذ الحى بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قال الراجى عفو ربه ليس فى هذا الاخذ فائدة له أيضا ولا يحتملها فلا يصار اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف الى التحالف وصار تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف دون يمين المشترى فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى يمين المشترى على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ فحينئذ لا يحلف المشترى لان البائع اذا أعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشترى وهذا مثل الاول فى عدم الفائدة ثم قال وقال الامام الكيسانى رحمه الله يأخذ البائع فى حق الهالك من المشترى ما يقر به المشترى فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع فى حق المشترى اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشترى فلا حاجة الى استحلاف المشترى والصحيح هو ترك دعوى الزيادة فى الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا يترك ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقر به المشترى ومعنى قوله لا يأخذ شيأ أى لا يأخذ من الزيادة التى يدعيها شيأ وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء منصرفا الى يمين المشترى ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعا فصار كأن المبيع هو الحى وحده أو برضاه بما أقر به المشترى من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا فى ثمن الحى فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لان الهلاك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشترى لو حلف بالله ما اشترى القائم بألف يكون صادقا لانه من اشترى شيئين بألفى درهم ثم حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف كان صادقا فلم يمتنع عن الحلف فلم يفد التحالف فائدته والصحيح أن يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بألفين فان نكل لزمه دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بألف فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف فسخ العقد بينهما فى القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به المشترى فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحى سقط وما أصاب الهالك لزم المشترى وان اختلفا فى قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وان أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشترى ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر فى الاصل فى رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بعيب وهلك الآخر عند المشترى سقط عنه ثمن ما رده ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا فى قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه عدم التحالف) أى لان قوله الا أن يرضى البائع مستثنى من عدم التحالف اه (قوله وأن لا يحلف) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وتكلموا أن هذا الاستثناء) أى وهو قوله الا أن يشاء البائع اه (قوله وصار تقدير ما قال فى الكتاب) أى الجامع الصغير اه (قوله ولا يأخذ شيأ آخر) أى لا من قيمة الهالك ولا من ثمنه اه (قوله كان صادقا) أى وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى كان صادقا اه

بينة تقبل بينته وان أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها أكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بدعواه أن قيمة الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضا وهذا الفقه وهو أن الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند أبى حنيفة رحمه الله أن البائع اذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرنا لابى يوسف رحمه الله هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد أحدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد وأما اختلافهما فى بدل الكتابة فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعى رضى الله عنه لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الآخر لان المولى يدعى بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعى استحقاق العتق على المولى عند أداء ما يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا فى الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى اليه ولابى حنيفة رحمه الله أن البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعى على مولاه شيأ وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله أصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست فى معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبنى على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون فى معناه فلا يتحالفان يوضحه أن البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك فى الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شئ لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون فى معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا أنه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان أدى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل وأما اذا اختلف فى رأس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة فى باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والتحالف فى الاقالة فى السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة فى السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا ترى أنهما لو تقايلا نقضا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة فى البيع لانه عين فأمكن عوده الى ملك

(قوله فيبنى الامر عليها) أى لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة اه (قوله لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر) أى لجواز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك اه

المشترى قال رحمه الله (وان اختلفا فى مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشترى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال رحمه الله (وان اختلفا فى المهر قضى لمن برهن) أى لمن أقام البينة لانه نور دعواه بها وهى كاسمها مبينة قال رحمه الله (وان برهنا فللمرأة) أى اذا أقاما البينة كانت بينة المرأة أولى لانها تثبت الزيادة والبينات للاثبات فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى قال رحمه الله (وان عجزا) أى عن اقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان يمين كل واحد منهما ينتفى به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال رحمه الله (بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما) أى بين ما قالته هى وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان أقل مما ادعت وأكثر مما أقر به هو قضى بذلك وهذا تخريج الكرخى رحمه الله وتخريج الرازى خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بأن كان بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجيل الفائدة وقد بيناه مفصلا فى النكاح وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ مستنكر وقد بيناه فى النكاح قال رحمه الله (ولو اختلفا فى الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعنى قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يحتملان الفسخ وهما عقدا معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف قلنا فى المعدوم يجرى التحالف كما فى السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ثم ان كان الاختلاف فى الاجرة بدئ بيمين المستأجر وان وقع فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان الاختلاف فى المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى فى الاجرة وبينة المستأجر أولى فى المنفعة لان البينة للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال رحمه الله (وبعده لا والقول قول المستأجر) أى ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع يمينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لانه هو المنكر قال رحمه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقى البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف فى المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع غير المشترى) أى واختار المشترى بقاء العقد وأخذه القيمة ثم اختلفا فى الثمن اه (قوله ثم ان كان الاختلاف فى الاجرة) أى بأن قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة اه (قوله لا يمنع عنده) أى التحالف اه

ويجرى التحالف فى الباقى ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيأ وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله مر على أصله فى هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقى فكذا هنا وهما خالفا أصلهما فى المبيع والفرق لمحمد رحمه الله ما بيناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شئ والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن العقد فى الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى اذ هما فى حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده فى الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع فى البعض امتنع فى الكل ضرورة كيلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان فى متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لان الظاهر يشهد له ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النكاح قائما بينهما أو لم يكن قائما ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع والاساور وخواتم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قولها فى ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أى اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد فى الدعاوى بخلاف ما يختص بالمرأة لان ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان فترجح بالاستعمال من جهتها والذى يصلح لهما الفرش والامتعة والاوانى والرقيق والعقار والمواشى والنقود قال رحمه الله (فان مات أحدهما فللحى) أى اذا مات أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر كان المتاع للحى ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف فى المشكل فقال يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا أن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون فى حياتهما أو بعد موت أحدهما فحاصله أنهم اتفقوا أن ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له فى الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعله للزوج فى حال حياتهما وللباقى منهما بعد موت أحدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج فى الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها فى الحالتين لانها تأتى بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض فى الباقى فيعتبر ولهما فى الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم فى المشكل بالموت كما لا يتغير فى غير المشكل ولابى حنيفة رحمه الله أن يد الباقى منهما أسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل أولى لان اليد يحتج بها مطلقا حتى يرجح به فى غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقى مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعى لانهما استويا فى سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان فى بيت واحد والبيت مع ما فيه فى أيديهما ولا معتبر بالشبهة فى الخصومات ألا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا فى آلة الاساكفة أو آلة العطارين وهى فى أيديهما قضى بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصرى المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المرأة هى الساكنة فيه ولهذا تسمى قعيدته ويد صاحب البيت على ما فى البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفى الدعاوى يقدم صاحب اليد وقال

ابن

(قوله الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء) أى أو كان صانعا لها اه

ابن أبى ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لان المرأة فى يد الزوج فما فى البيت أيضا يكون فى يده وان كان البيت لها ألا ترى أن صاحب البيت وأن البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا فى متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هى المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو أحدهما مملوكا فللحر فى الحياة وللحى فى الموت) أى لو كان أحد الزوجين مملوكا واختلفا فى متاع البيت كان المتاع للحر فى حال حياتهما وللحى منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض فكان للحى منهما هكذا ذكر الحكم فى الهداية والجامع الصغير لصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلوانى وفخر الاسلام وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وفى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ وهو فى أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا فى متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر أقوى فترجحت به فى حق متاع البيت ألا ترى أنها تترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانه لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله فى استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف فى آلة أحدهما لما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) لانه أثبت ببينته أن العين وصلت اليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو ثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البينة لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بغير رضاه وخروجه من أن يكون خصما فى ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة فى ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها أو ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبى ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما أقر به بمجرد الاقرار ألا ترى أن من أقر بعين لغائب ثم أقر بها لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشئ ثم مرض فصدقه المقر له فى مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو أقر بشئ لشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما أن يكون صادقا أو كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته أثبتت أمرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(قوله وفخر الاسلام) ليس كذلك بل الذى ذكره فخر الاسلام أنه الحر هكذا نقله لم يكتب المحشى

شرع فيمن لا يكون خصما وقدم الاول لان الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة فجنس الكلام الذى ذكر من لا يكون خصما فذكر بعده اه اتقانى (قوله فى المتن و برهن عليه) فان لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الا على قول ابن أبى ليلى لانه متهم فى ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة (قوله فى المتن دفعت خصومة المدعى) قال الاتقانى هذه مسئلة القدورى ثم قال هذا الذى ذكره القدورى اذا كان العين قائما أما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء ألا ترى الى ما ذكر فى الجامع فى باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك فى يده عبد فادعى انسان عليه ضمان العبد وأقام ذو اليد بينة أنه كان وديعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه لانه يدعى الدين فى ذمته و يجوز أن يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا اه وقد نص الشارح على حكم هلاك العين قريبا من هذه القولة فى الشرح بقوله فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها كما يعنى فانه لا تندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على المتفق اه (قوله دون هذه الاشياء) أى الايداع والاجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر بشئ لشخص) أى عند القاضى كما سيأتى فى صفحة هذه القولة فى الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت فى حقه كالوكيل بنقل المرأة أو الامة اذا أقامت بينة على الطلاق أو العتاق تقبل فى حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بيناه من قبل فصار كأن المدعى أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذى اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم فى اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور و يؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه على غيره ولان دفعها بلا بينة يؤدى الى تواء الحقوق لان أحدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه من أن يكون خصما فى ضمن ثبوت الملك لغيره الخ قلنا ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بمواجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض فى تلك الحالة ويسلم القاضى المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان أقام بينة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعى بعد هلاك العين يدعى عليه القيمة وهى فى ذمته ألا ترى أن القاضى يقضى بها على مودع الغاصب فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفى العين يتبين و بخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل يجوز على غير ذى اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا أثبت بالبينة أن يده حافظة وليست يد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والاقتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بينة أن العين للغائب لان المحتال من الناس يأخذ مال غيره غصبا و يدفعه سرا الى غريب يريد أن يغيب من البلدة و يواعده أن يرده اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على أن هذا الشئ أودعه غيره عند ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضى أن ينظر فى أحوال الناس و يعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعد ما ولى القضاء وابتلى بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعى يمكنه أن يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشئ من ذلك لا يقبل القاضى شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذى اليد بالاجماع لانهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعى هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعى هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا أحاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعى من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد أثبت ببينته أن العين

أخذها

(قوله وقال أبو يوسف آخرا الخ) وقول أبى يوسف أولا كقول أبى حنيفة ومحمد اذا أقام البينة أن فلانا أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة اهـ اتقانى (قوله وان كان معروفا بالحيل) أى بالتزوير اهـ غاية (قوله رجع الى هذا القول) أى أبو يوسف اهـ (قوله لان الخصومة توجهت) الذى بخط الشارح لانها توجهت اهـ (قوله وعند أبى حنيفة تندفع الخصومة الخ) قال الاتقانى فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذى اليد من جهة غير المدعى فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفى لدفع الخصومة كما لو أقر المدعى بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البينة مالم يذكروا اسم الغائب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو علك نقل الخصومة الى غيره أما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعى ومتى صار الغائب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذا لم يصر معروفا لا يتمكن المدعى من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعى وان قال الشهود أودعها رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذو اليد أعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة المجهول ولعل المودع هو المدعى فعلى اعتبار كون المدعى هو المودع لا تندفع الخصومة والدليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذو اليد لا أعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذو اليد فصار مكذبا لهم فى بعض شهادتهم فان قال ذو اليد أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضى يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعى أنه أقر أن رجلا دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو أقر المدعى عند القاضى أن رجلا دفعه اليه لا أعرفه

أخذها من غير المدعى وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه و يقولون انه غير هذا المدعى ومقصود ذى اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعى بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسى خصمه أو الى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فأضروا به ونحن لا نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذى اليد وانما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه و ينبغى أن يكون قول أبى يوسف على هذا التفصيل الذى ذكرنا وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما أو فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد بيناه بحمد الله تعالى قال رحمه الله (وان قال ابتعته من الغائب أو قال المدعى غصبته أو سرق منى وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا) أى لا تندفع الخصومة فى هذه الصور وان أقام المدعى عليه بينة انه أودعه فلان لان ذا اليد فى المسئلة الاولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وفى المسئلة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يد حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرنا من قبل ولو أقام الخارج البينة فقضى له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بينة على ذلك تقبل بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد خاصة وفى المسئلة الثالثة قول المدعى سرق منى يكون دعوى الفعل عليه فى المعنى استحسانا وانما جهله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع فصار كأنه قال له سرقته منى وقال محمد تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذى اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينة أن فلانا أودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذى اليد فعلا لان المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال رحمه الله (وان قال المدعى ابتعته من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة) لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعى أخذه من يده الا أن يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فيأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة لان وصول الدار الى يد ذى اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو أثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها الى ذى اليد بخلاف المسئلة الاولى وهى مسئلة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذى اليد نصا وباقرار المدعى ضرورة لان الشراء منه لا يصح مالم يكن المبيع فى يده والظاهر أنه وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا أودعنى العين فقال المدعى كان أودعكها اياها ثم وهبها منك أو باعك اياها وأنكر ذو اليد استحلف بالله ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعل خصما لان نكوله كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لاقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعى بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب ما يدعيه الرجلان ﴾

قال رحمه الله (برهنا على ما فى يد آخر قضى لهما) يعنى اذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد

بوجهه ونسبه تندفع الخصومة فكذا هذا وهذا لان الشهادة حصلت بالمعلوم وهو اقرار المدعى فتقبل لكن المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له تمنع قبول الشهادة ولو لم يكن لذى اليد بينة على الايداع عنده حتى قضى القاضى به للمدعى ثم وجد ذو اليد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعى ماض وهذا بخلاف ما اذا أقام الخارج بينة على النتاج أو على الملك المطلق على ذى اليد وقضى به القاضى ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لانه ظهر به بطلان القضاء (قوله فيها) أى فى دعوى الفعل اهـ (قوله سقطت الخ) ولو طلب المدعى يمينه على ما ادعى من الايداع يحلف على البتات اهـ كاكى (قوله لا تندفع الخصومة الا ببينة) أى لان الوكالة لا تثبت بقوله اهـ

﴿ باب ما يدعيه الرجلان ﴾

لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع فى دعوى الاثنين لان المثنى بعد الواحد اهـ غاية (قوله وعن الشافعى انهما تهاتران) أى وتجب القسمة بينهما على قوله اهـ غاية .

منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعى أنهما يتهاتران وعنه أنه يقرع بينهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين لاستحالة أن علك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما فى دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين رجلين تنازعا فى أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنها له فقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق أصل فى الشرع كما فى القسمة وقال مالك رحمه الله يقضى لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل أقوى فى الحجة فلا يرجح الضعيف وقال الاوزاعى يقضى لمن كان شهوده أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روى عن أبى موسى أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبى موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائى وأحمد وغيرهم ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان فى الاستحقاق كالموصى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان فى التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا لان الايدى قد تتوالى فى عين واحدة فى أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة فى الدليل لا بكثرته وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع فى القسمة لتطييب القلب ونفى التهمة لا للاستحقاق الا ترى أن للامام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأة سقطا وهى لمن صدقت أو سبقت بينته) يعنى لو أقام اثنان بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهى زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحا الا اذا كانت فى بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعده لكونه أقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فحينئذ تكون أولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فحاصله أنهما اذا تنازعا فى امرأة وأقاما البينة فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه بنصف الثمن أو تركه) أى لو أقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذى اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا فى السبب وجب على القاضى أن يقضى به بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقانى بعد حكاية هذين القولين عن الشافعى و يتوقف الى الصلح على قول كذا فى وجيزهم اه (قوله فتعين التهاتر) أى لان القاضى تيقن بكذب احدى البينتين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اه غاية (قوله كما فى دعوى النكاح) يعنى لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأة اه (قوله ولانهما استويا الخ) قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعيا نتاج دابة وأقاما البينة جميعا وكذلك اذا ادعيا الشراء من واحد وأقاما جميعا البينة والدار فى يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اه اتقانى (قوله فى المتن أو سبقت بينته) لو قال كما لو سبقت بينته لكان أولى اه تأمل (قوله وهى زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى آخر باب اختلاف الاوقات فى الدعوى من شرح الكافى ولو ادعى رجلان عبدا فى أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لاحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان أيديهما دليل الملك على العبد لانه ليس له يد دافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امرأة فى أيديهما فأقرت لاحدهما حيث يقضى بها له لان المرأة ليست فى يد أحد لانها فى يد نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجية اه اتقانى (قوله لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما) أى فان اختار الاخذ رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان لم ينقده أدى كل واحد منهما نصف الثمن وان اختار واحد الرد سلم الدار كلها للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان كان نقده وان لم يكن نقد فلا شئ لواحد منهما على البائع اه غاية

واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما فى وقت واحد حكما وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحمل على أن البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن فى وقت واحد قال رحمه الله (وبإبائه أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أى لو قضى القاضى بينهما وأبى أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذه كله لانه صار فى النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضى بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع فى النصف فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت ببينته انه اشترى الكل وانما رجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللآخر أن يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان أرخا فللسابق) لانهما لما ادعيا الشراء من ذى اليد اتفقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه فى وقت لا ينازعه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر غير الذى يدعى الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه فى اثبات الملك له وملك بائعهما لا تاريخ فيه فصار كأن البائعين حضرا وأثبتا الملك لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو أرخت احداهما ولم تؤرخ الاخرى كان صاحب التاريخ أولى لانهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقى منه وان شراءهما حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذى اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ أولى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما نبين فرقه من قريب ان شاء الله قال رحمه الله (والا فلذى القبض) أى ان لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا فى اثبات الشراء من ذى اليد وترجح أحدهما بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراءه قبل شراء ذى اليد فحينئذ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبائعهما أولا فاذا يجتمع فيه فى حق البائعين بينة الخارج و بينة ذى اليد فكانت بينة الخارج أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب فى حق القابض أقوى لتأكده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه وأقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما فى ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه فى وقت لا ينازعه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلعل رغبته فى تملك الكل اه هداية (قوله فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ) أى الا بتجديد ولم يوجد اه (قوله فى المتن وان أرخا فللسابق) أى لانا لما حكمنا للبيع للاول ملكه الاول فيكون البائع بعد ذلك بائعا ملك غيره فلا يصح اه اتقانى (قوله كان صاحب التاريخ أولى) فى الهداية لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك اه (قوله فى المتن والا فلذى القبض) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وان لم يوقت واحد منهما وقتا وكانت الدار فى يد أحد المدعين قد قبضها قضيت بها للذى فى يده لان القبض دلالة السبق فى حقه لان القبض انما يكون صحيحا اذا تقدمه عقد فكان أولى ورد البائع الثمن على الآخر (قوله ولا تاريخ معهما) أى لانهما اذا لم يؤرخا صار كأنهما وقعا معا والشراء أقوى من الهبة اه (قوله ومثبتا للملك بنفسه) أى والملك فى الهبة يتوقف على القبض اه (قوله حيث لا يكون الشراء فيه أولى) أى بل يكون بينهما نصفين لقول الشارح رحمه الله فيما يأتى وهما فى ذلك سواء اه قوله بل يكون بينهما نصفين كذا قال الاتقانى اه (قوله لثبوت ملكه فى وقت لا ينازعه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان فان كان المؤرخ هو المشترى فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى فمع التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

معنى فيعتبر بما لو كان متأخرا حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ سنة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها (قوله ولا ترجح الصدقة باللزوم) جواب عن سؤال مقدر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض (٣١٨) سواء حتى يكون العين بين المدعيين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها

التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما ذكرنا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيه ما سواء لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجح الصدقة باللزوم لان أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم أو عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ اذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا للكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم توقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاقدم أولى وان لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بيناه في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البينتين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بهما مهما أمكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا أنا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته الا بحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات ووجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك

تثبت الملك اللازم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فأجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المآل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا تترجح الصدقة اه اتقاني (قوله وهذا فيما لا يحتمل) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح هذا بالاتفاق اه اتقاني (قوله واختلفوا فيما يحتمل القسمة) قال الاتقاني قوله وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضى بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اه وكتب ما نصه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان كان مما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بها بينهما نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالاجماع الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كما في دعوى الهبة مع الشراء اه غاية (قوله والعمل بهما مهما أمكن واجب) حسنا للظن بالشهود اه اتقاني (قوله لم يشهد به أحد) أي لانه يجعل الشراء متقدما على النكاح ولم يشهد بتقدمه أحد كما هو فرض المسئلة اه كاكي (قوله والرهن لا يثبته) أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد اه (قوله بخلاف الهبة بشرط العوض) أي فانها أولى من الرهن اه اتقاني

الحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة قال رحمه الله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالاسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخا أولى فيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وانما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وانما كان أسبقهما تاريخا فيها أولى لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كما لو ادعيا التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمهما الله أولا وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وفي قول محمد آخرا وهو قول أبي يوسف أولا هو منهما الا أنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيه سواء ولو أرخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المبهم أولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بينا ألا ترى أنه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولابي يوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فاذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وان لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا اذا أرخا تاريخا واحدا لعدم المرجح وأما الثانية فلانهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشراء من شخص آخر غير الذي يدعي منه صاحبه الشراء على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى ولو لم يؤرخا فهما سواء وان أرخت احداهما دون الاخرى فالمؤرخ أولى لما بينا وان كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أرخ الآخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخا فحاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي اذا ادعيا الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعين في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخا دون الآخر فهما سواء لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون أقدمهما تاريخا أولى لان ملك بائعهما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى بما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

ثالث ميراثا من غيرهما او ادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم وأقاموا البينة قضى بينهم أرباعا سواء كان معهم تاريخ أومع بعضهم أولم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لمملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذى اليد أسبق أو برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعنى فى المسائل الثلاث أما فى الاولى فالمذكور قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق أصلا لان البينة فى الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصارا كأنهما قاما على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكرا السبب كالشراء ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلقى من جهة المتقدم وجه قولهما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره فى وقت التاريخ وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقى من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أولم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذى اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما اذا أرخت بينة ذى اليد وحدها خلاف أبى يوسف فانه يقول بينة ذى اليد أولى فيها وهو رواية عن أبى حنيفة لان ملكه ثبت فى وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يزاحم المتيقن فصار كما اذا أرخت احداهما فى دعوى الشراء من واحد فانا بينة ذى اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تتضمن هنا لاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد أولى فى الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى فى أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بينة ذى اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت فى الملك المطلق ولو أرخت احداهما دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين فى الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند أبى يوسف رحمه الله هو للمؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه فى ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهى ما اذا أقاما البينة على النتاج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بينتهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا فى الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما اتحد التاريخان أو اختلفا الا اذا ذكر تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون الخارج أولى لانهما استويا فى اثبات أولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبى ليلى وقال عيسى بن أبان تهاترت البينتان ويترك فى يد ذى اليد لا على وجه القضاء لان أحدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل فى مكانين وجه الاستحسان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذى اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع ألا ترى أنهما لو أرخا فى دعوى الشراء وبينة ذى اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا فى الملك المطلق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما أنها لما تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون بينة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج فى هذه الصور أكثر اثباتا لانها تثبت الفعل

على

(قوله لمملكهم) هو بالافراد فى خط الشارح اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدورى فى التقريب ذكر ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج أولى اه اتقانى (قوله وفيه الاقدم) أى سواء كان البيع واحدا أو اثنين اه (قوله ولو كان المدعى الخ) الحاصل أن الخلاف مقصود فيما اذا كان المدعى فى أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق وفيما اذا كان فى يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق اه (قوله والمسئلة بحالها) يعنى به قوله ولو كان المدعى فى أيديهما اه كاكى (قوله وهى ما اذا أقاما) أى الخارج وذو اليد اه وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كانت الدابة فى يدى رجل فادعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام الذى فى يديه البينة أنها دابته نتجها عنده فانه يقضى بها للذى هى فى يديه أخذ هذا بالسنة والقياس أن لا يقضى بواحدة منهما لانهما تعارضا فى الاثبات وليس أحدهما بأولى من الآخر لكنا نرد القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن أبى حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقة فى يدى رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها عنده وأقام الذى هى فى يديه أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يديه (قوله لا على وجه القضاء) حتى يحلف ذو اليد للخارج على ما سيجىء قريبا اه (قوله فكان مساويا للخارج فيها) أى فى دعوى النتاج اه

على ذى اليد وهو الغصب وأشباهه اذ هو غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه أولى اذ البينة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لتهاترتا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما والسواقط فى يد الآخر وأقام كل منهما البينة على النتاج يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك فى يد كل واحد منهما ما فى يده وثمرة ما قاله تظهر فى التحليف لانهما اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو أقام الخارج البينة أنه اشتراه من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان آخر وانه ولد عنده كان ذو اليد أولى لان كل واحد منهما خصم فى اثبات نتاج بائعه كأنه خصم فى اثبات الملك له ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على النتاج كان صاحب النتاج أولى أيهما كان لانه يثبت أولية الملك وبعده لا يملكه غيره الا بالتلقى من جهته وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لان الخارج لم يستحق على ذى اليد شيأ لان ملك ذى اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعدما ثبت الملك له به لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل أن يكون له من الاصل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذى اليد فجعل كذلك فى حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذى اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه فى حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الاجنبى لانه بمنزلة نص ترك بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذى ذكرنا آنفا فصار الاصل أن من صار مقضيا عليه فى حادثة لا يقضى له فيها والا قضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر فى الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج فى جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف والمرعزى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلا ينقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البناء والغرس والزراعة يتأتى فيها التكرار وان أشكل عليهم يسأل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفى والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو فى معناه من كل وجه بشرط أن يبين فى الدعوى نصا أن ذلك السبب وجد فى ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نتجت هذه الدابة عندى كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه فى ملكه وأن الدابة ولدت فى ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى ولا تقبل بينة ذى اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته فى ملكى أو نسج فى ملكى أو ولدت الدابة فى ملكى وعلى هذا لو قال هذا جبنى اتخذته أنا أو قال اللبن الذى اتخذ منه هذا الجبن ملكى أو الشاة التى حلب منها لبنه ملكى كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته فى ملكى أو حلب لبنه فى ملكى كان ذو اليد

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذى ذكره الشارح من الرد انما يتوجه على عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما اذا كان ما قاله عيسى مذهبا له لا لمحمد كيف يرد عليه بمذهب محمد اه قارئ الهداية (قوله يصار الى التحليف) أى تحليف ذى اليد للخارج عند عيسى وعندنا لا يحلف لانه يقضى بها للذى اليد قضاء استحقاق اه (قوله وسبب ملك لا يتكرر) يعنى اذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد أولى لان ما لا يتكرر فى معنى النتاج وهو لا يتكرر وكذلك حلب اللبن فاذا أقام كل واحد منهما البينة أن هذا اللبن حلب فى ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بان أقام كل واحد منهما البينة أن الجبن له صنعه فى ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمرعزى انه صنعه فى ملكه وكذا الصوف اذا أقام رجل البينة أنه صوفه جزه من غنمه وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك كان ذو اليد أولى اه اتقانى (قوله وذلك مثل حلب اللبن) أى كما اذا قال حلب هذا اللبن فى ملكى اه فرشتا (قوله واتخاذ الجبن واللبد الخ) قال الاتقانى وكذلك الغرس وزراعة الحبوب فتكرر فانه يغرس فى موضع ثم يقلع ويغرس ثانيا وكذلك الحبوب تزرع ثم تغربل فتزرع مرة أخرى اه (قوله اذا بلا) كذا بخط الشارح وصوابه اذا بلى قال فى المصباح بلى الثوب يبلى من باب تعب بلى بالكسر اه قال الكاكى والخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج اه

أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البينة أن فلانا القاضى قضى له بها بالبينة وأقام ذو اليد أنها نتجت فى ملكه كان ذو اليد أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج أولى لان القضاء قد صح ظاهرا ويحتمل أنه اشتراه من ذى اليد فلا ينقض قضاؤه مالم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وهى ما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام ذو اليد البينة على الشراء منه فلان الخارج أثبت الملك لنفسه ببينته وأثبت ذو اليد التلقى منه فكان له بحكم التلقى منه واقراره بانه له فى ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا أقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه فى زمان يمكن الشراء منه لانه لا تنافى اذ التوفيق ممكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وترك الدار فى يدى ذى اليد) أى لو أقام كل واحد من الخارج وذى اليد أو الخارجين أو ذوى الايدى البينة على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان ويترك المدعى فى يدى ذى اليد لا على وجه القضاء وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت فى يد أحدهما يقضى بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان فى العقار عنده ولهما أن الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولأنه يلزم من القضاء بهما القضاء لذى اليد بمجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك باطل لانه يؤدى الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبى وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا يخرج من أن يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم لذى اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان أحدهما أكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا تأتى القصاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله تأتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق أما عندهما فظاهر على ما بينا وأما عند محمد رحمه الله فلأن البيعين وان كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكرا قبض المبيع لانه أمكن هنالك أن يجعل شراء ذى اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد فى هذه الصورة وذكر فى المحيط أنه يقضى لهما عنده فيجعل القبض المعاين آخر القبضين ويجعل ذو اليد آخر المشتريين كأن الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذى اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله فى الجامع وشرح الكرخى والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان فى العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج أسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وكان ينبغى أن يقضى بها لذى اليد عنده أيضا فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقود وان أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقا فيجعل كأنه اشترى أولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض أو سلم اليه ثم عاد اليه بسبب آخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة فى العلة لا بكثرة العلل

(قوله واقراره) أى واقرار ذى اليد بالملك للخارج اه (قوله وذكر فى المحيط) أى وفى الكافى هذا بخلاف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهما اه قوله هذا أى ما فى الهداية اه (قوله وان وقتت البينتان فى العقار) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر والله أعلم اه

(قوله فى المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتن اه (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اذا كانت الدار فى يد رجل ثالث ان لم يقم لهما بينة فانه يحلف ذو اليد فاذا حلف ترك الدار فى يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكانهما لم يدعيا وان أقاما البينة فبينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذى اليد واذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أبى حنيفة على طريق المنازعة أرباعا أصله من سهمين لحاجتنا الى النصف فمدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الا سهما فقد تفرد مدعى الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة فبقى سهم واحد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فيضعف فيصير أربعة وان شئت قلت انا نحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة أسهم اه (قوله ولها نظائر) أى فمن نظائرها رجل أوصى لرجل بكل ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة أرباعا عند أبى حنيفة رضى (٣٢٣) الله عنه وعندهما أثلاثا بطريق العول اه

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بأن كان أحدهما متواترا والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقى للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد فى النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعى الكل ثلاثة الارباع ولمدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقسم الدار بينهما أثلاثا فالثلثان لمدعى الكل والثلث لمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشىء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهى ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهى مسئلة واحدة فضولى باع عبد الغير من رجل وفضولى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون لمشترى الكل ثلاثة أرباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهى ثلاث مسائل احداها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كلها وهى مسئلة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهى خمس مسائل احداها عبد مأذون له فى التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبى مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذى فى نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذى ذكرنا

(قوله وأضداد) يعنى به الخلاف على العكس كمدبر قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وله وليان فعفا أحد وليى العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليى الخطأ والذى لم يعف من وليى العمد عنده أثلاثا على طريق العول وعندهما أرباعا على طريق المنازعة اه وكتب ما نصه قال فى شرح الاقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرغ من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة فههنا صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهما فيه فيقضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فتجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فههنا صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهما فيقسم بينهما على ذلك اه اتقانى (قوله الميراث) كما فى امرأة ماتت وتركت زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف وللاخت لاب السدس تكملة الثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت فى الاصل من ستة اه اتقانى (قوله والديون) اذا اجتمعت وضاقت التركة عنها اه كرجل مات وترك ألفا ولرجل عليه ألف درهم ولآخر عليه خمسمائة فالالف بينهم أثلاثا على طريق العول لان حقهم كان فى الذمة ثم انتقل الى العين اه اتقانى (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أى بان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اه (قوله والعبد) أى اذا أوصى بان يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اه (قوله فأجاز المولى البيعين) يخير المشتريان فان اختارا الرد فلا كلام اه (قوله وليس له مال غيره) أى وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اه (قوله على الخلاف الذى ذكرنا) أى فيأخذ المولى ثلث الثمن والاجنبى ثلثيه اه

والثانيــة اذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافي آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العافي أولا والثلث لشريك العافي آخرا عنده وعندهما أرباعا ثم الاصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والاصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز أو في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيخان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما فهي للثاني) أي لو كانت الدار في أيدي المدعيين والمسئلة بحالها كانت كلها للمدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده لتكون يده يدا محقة لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيأ مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته أولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهنا على نتاج دابة وأرخا قضي لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليدان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهما) أي ان أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بها لان أحدهما ليس بأولى بها من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده والاصح أنهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بها للذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كأنهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما والا فهي بينهما كما اذا أشكل في موافقة سنها أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ

(قوله كان بينهما على الثلاث) أي عنده أثلاثا وعندهما أرباعا وان فداه المولى يفديه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطا اه (قوله في المتن ولو كانت في أيديهما) سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء وهذا لفظ القدوري وذلك لان الدار في أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعي النصف تنصرف الى النصف الذي في يده دون النصف الآخر لانه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصبا في امساك النصف الذي في يده وأمور المسلمين يجب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدعي الكل والنصف الذي في يد مدعي الجميع سلم له لا على طريق القضاء لانه لا منازع له فيه فان لم تقم لهما بينة فانه يحلف مدعي النصف لمدعي الجميع ولا يحلف مدعي الجميع لمدعي النصف لان مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيأ مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعي النصف الذي في يد صاحب النصف وهو منكر فيحلف فان حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فبعد الحلف كذلك اه اتقاني (قوله في المتن وان أشكل) أي ان لم يظهر سن الدابة اه فرشتا (قوله وان خالف سن الدابة التاريخين) أي في دعوى الخارجين اه (قوله والاول ذكره الحاكم) أي وهو المراد بقوله سابقا بطلت البينتان اه قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضي بها لصاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح أن تبطل البينتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصارا كأنهما لم يوقتا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقد مر مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

وليس بشيء قال رحمه الله (ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) معناه اذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم) معناه اذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أو تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما أظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا أولى بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بينا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح وكذا لو كان أحدهما راكبا على السرج والآخر رديفه كان الراكب أولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسك بلجامها قالوا ينبغي أن يقضى بها للممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس ألا ترى أنه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما قال رحمه الله (وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير) فمعنى الاول أن يتنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والآخر ممسك بسكانها وآخر يجدف فيها وآخر عندها فهي بينهم الا من عندها فانه لا شيء له فيها فانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع

المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فاني أقضي بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكر أي ذكر محمد ثم قال قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم جوابا لاحدى المسئلتين وهي قوله أو كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة يحتمل أن يكون سن الدابة موافقا للوقت كل واحد ومخالفا فلم يتيقن بكذب أحد الفريقين وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضي بينهما نصفين فأما متى كان على غير الوقتين فانه لا يقضي لهما بشيء لان القاضي تيقن بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع أيضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روى أبو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يدي ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ومنهم من يقول بأن الالف في قوله أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكأنه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني يجوز أن يكون موافقا للوقتين ويجوز أن يكون مخالفا فأما متى كان مخالفا للوقتين (٣٣٥) بيقين فانه لا يقضى لهما بشيء ويترك في يدي ذي اليد كما في حالة الانفراد اذا خالف سن الدابة الوقت بيقين فيحمل ما ذكر محمد على أحد هذين التأويلين كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله لان الوديعة تصير غصبا بالجحود) أي فصار دعوى الوديعة والغصب سواء اه (قوله فانه يختص بالملك) أي فصار كما لو تنازعا في الدار أحدهما ساكنها والآخر آخذ بحلقة الباب أن الساكن أولى وكذلك اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما كان صاحب الحمل أولى لان لهما يدا ظاهرة وتصرفا اه اتقاني (قوله حتى جازت الشهادة له) أي لصاحب اليد اه (قوله وكذا لو كان أحدهما الخ) قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا جميعا راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن أبي يوسف أنه قال يقضى بالدابة للراكب في السرج الى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادعيا الدابة فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى من الرديف فذلك على رواية النوادر اه اتقاني (قوله دليل على تقدم يده) أي ولان العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أي فانه قد يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس بيد عليه) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقاني (قوله والآخر ممسك بسكانها) قال في المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهرادى) الهرادى جمع الهردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا فى ديوان الادب لكن صحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وقال فى الصحاح الحردى الحردى القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى ورأيت فى نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحرادى بالحاء وقال صاحب الجمهرة فى باب الحاء والدال والراء أما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو نبطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حرادى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعا والرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لاغير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان أبا حنيفة قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه فى يد (٣٣٦) صاحب الجذوع يعنى بها اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان

بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثانى أن يكون حائط عليه هرادى لرجل وللآخر عليه جذوع أو متصل بنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادى لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادى متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادى فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن تتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانيهما واحد فى وقت واحد فترجح به وكان الكرخى رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف رحمه الله أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا فى الآخر وأما اذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا بالاتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنياه معا ولا بوضع الهرادى ولا البوارى لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر أصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما اذا علم أنه فى أيديهما ولا يرجح صاحب الهرادى لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البناء للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل أنه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان فى يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا أن يبلغ ثلاثا لان الحائط تبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع

الحائط ما بنى الا له وصار كاثنين تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها فى يده وللآخر بها نوع تعلق كذا هنا فان كان له عليه هرادى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعمالا مثله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهرادى لكنه لا يؤمر برفع الهرادى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان فى يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوتا عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفى الآجر فى هذا الحائط والطرف الآخر فى الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير فى معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التى فى هذا الحائط مركبة بالخشبة التى فى ذلك الحائط ولان اتصال التربيع أدل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه انما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فتى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانا قضينا لصاحب الاتصال والتربيع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانا لم نتيقن بكونه مبطلا فى الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط مملوكا للغير فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقانى

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الاتقانى رحمه الله ثم اختلف أصحابنا (٣٣٧) المتأخرون على الرواية التى لكل واحد منهما ما

لاحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول أبى حنيفة رحمه الله والقياس وهو مروى عن أبى حنيفة أن يكون بينهما نصفين لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما مائة من وللآخر من أو منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان أن ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحائط لاجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما اذا أثبت الحائط له بالبينة حيث يؤمر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت ملكه باليد بخلاف ما اذا تنازعا فى دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو نحوه حيث يؤمر بالقلع وان كان استحقاقه باليد ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء مؤبدا وانما يمكن مؤقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك فى أنه يملك ذلك الموضع أم لا فذكر فى كتاب الاقرار أن الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع واحد أو جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسئلة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق على ما بينا وذكر فى كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشبة أو الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع الحائط بينهما على قدر أخشابهما اعتبارا لقدر الاستعمال وجعل فى المحيط ما ذكر فى كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر فى الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى لان له تصرفا فى الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى فى الدلالة على الملك ورجح السرخسى هذه الرواية وذكر الطحاوى أن صاحب الاتصال أولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجانى هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا فيه قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا أنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بينا ولا فرق فى هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من الجانبين على ما ذكره الطحاوى رحمه الله وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد فى الحائط سوى هذا فأولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شئ للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هما فيه سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع أولى لان الحائط قد يبنى بجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما عليه هرادى أو بوارى ولا شئ للآخر فهو بينهما والهرادى لا تعتبر ولا البوارى وفى فتاوى قاضيخان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللآخر عليه هرادى أو بوارى أو لم يكن له عليه شئ فهو لصاحب الجذع قال رحمه الله (ثوب فى يده وطرفه فى يد آخر نصف) يعنى لو تنازع الشخصان فى ثوب فى يد احداهما وطرفه فى يد الآخر كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت فى الثوب الا أن احداهما ثابتة فى الاكثر وذلك لا يوجب

تحت خشبته فى حكم ما بين الخشب قال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا فى دار وفى يد أحدهما بيت منها وفى يد الآخر بيتان أن الباقى بينهما نصفين كذلك ما بين الخشب ومنهم من يقول ذلك بينهما على قدر خشب كل واحد منهما لان صاحب الخشب الكثير مستعمل للحائط أكثر من استعمال الآخر فاعتبر مستعملا لما يلى الجذوع وهو المراد بقوله وقيل على قدر خشبهما حتى يكون لصاحب الجذع خمسان ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة الاخماس اه (قوله ثم من أصحابنا) أى القائلين بهذا القول اختلفوا بعد ذلك اه قوله القائلين بهذا القول الخ أعنى القول بان لكل واحد منهما ما تحت خشبته اه (قوله والتصرف أقوى فى الدلالة على الملك) أى كما لو تنازع الدابة راكب عليها ومتعلق بلجامها اه (قوله وذكر الطحاوى أن صاحب الاتصال الخ) وكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع هو الذى جزم به الاتقانى ولم يحك قولا آخر غيره وقد نقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اه (قوله ولا فرق فى هذا الى قوله على ما ذكره الطحاوى) ألحقه المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها الفقلة صح اه

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أى يتكلم و يعقل مايقول اه اتقانى (قوله فلا يعتبر من الصبى) أى كاقراره بالدين كالطلاق والعتاق اه (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أى لانه مما لايمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق اه (قوله فكانت غير ثابتة حكما) أى فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست يد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكما فتصح الدعوى منه اه (قوله وان كان لا تثبت) الذى بخط الشارح وان كان ألا يثبت عليه (٣٣٨) يد غيره اه (قوله فى المتن فالساحة نصفان) بالحاء وهى عرصة فى الدار أو بين يديها اه قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله فالساحة نصفان مانصه وذلك لانهما استويا فى استعمال الساحة فى المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن فى يد أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوى فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اه اتقانى وكتب أيضا مانصه قال فى شرح الطحاوى ولو كان العلو فى يد أحدهما والسفل فى يد الآخر والساحة فى أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعى الجميع يترك السفل فى يد صاحب السفل والعلو فى يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور فى رواية وفى رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وان أقاما البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو و بالعلو لصاحب السفل والساحة للذى قضى له بالسفل على الرواية التى قال الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التى قال يكون بينهما يقضى بما فى يد الآخر وبما فى يد الآخر لهذا اه اتقانى (قوله فى المتن ادعى كل أرضا أنها فى يده ولبن الخ) قال فى الهداية وان كان أحدهما قد لبن فى الارض أو بنى أو حفر فهى فى يده وصورة المسئلة فى أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى أرض صحراء ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنها فى يديه وأحدهما لبن فيها البناء وهو فيها أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال هى فى يد الذى أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس فى الثياب كذا ذكر فخر الاسلام اه اتقانى

الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا فى دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما من وللآخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان فى يد أحدهما الهداية والباقى فى يد الآخر لان الهداية ليست بثوب اذ هى غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر قال رحمه الله (صبى يعبر فقال أنا حر فالقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو فى يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن فى يده) أما الاول فلانه أقر أنه لا يد له حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى فكيف يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبى بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل فى الآدمى الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب أن لا تقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وان كان فى يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل بهذا الاصل ولا نسلم أن اللقيط اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه فى الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس فى يد الملتقط من كل وجه لانه أمين فيه والامين يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما وأما الثانى وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو فى يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة أو حكما وهذا لان الاصل فى الآدمى وان كان لا يثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكما فيقبل قول المدعى ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله (عشرة أبيات فى دار فى يده وبيت فى يد آخر فالساحة نصفان) لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها فى أنواع المرافق من المرور فيها والتوضى وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما فصارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقى الارض فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضى بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور فى الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضا أنها فى يده ولبن أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهى فى يده كما لو برهن أنها فى يده) لان اليد فى الارض غير مشاهدة وهى مقصودة فلا يثبت عند القاضى بمجرد دعواهما أنها فى يده فلا بد من اقامة البينة أنها فى يده أو من التصرف فيها كالتلبين أو البناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على أنها فى يده ثم ان ادعيا أنها فى أيديهما لم يقض

(قوله فنكل أحدهما) يقضى عليه بكلها العالف بعضها الذى كان فى يده و بعضها الذى كان فى يد صاحبه لنكوله ولو كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة فى حق الثالث اه كى (قوله و برئ كل منهما عن دعوى صاحبه) أى و يوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال اه قارئ الهداية (قوله مالم يقيما البينة على الملك) فكل شئ فى أيديهما سوى العقار اذا طلبا القسمة فان القاضى يقسمه من المشايخ من قال ماذكر ههنا قول أبى حنيفة أما على قولهما فى العقار أيضا يقسم وان لم يقيما البينة على الملك وجعل هذه المسئلة فرع المسئلة ذكرها فى القسمة انا طلب الورثة من القاضى قسمة العقار بينهم (٣٢٩) فانه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث وعندهما يقسم من غير اقامة البينة فان كانت مشتراة بان قالا اشتريناها من فلان وطلبا القسمة فانه يقسمها بينهم عند الكل فى ظاهر الرواية فان لم يقيموا البينة فعند أبى حنيفة اذا كان لا يقسم فى الميراث بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثا بينهما ويحتمل أن يكون غير موروث لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم بدون البينة فههنا أولى ومنهم من قال ماذكر ههنا قول الكل فلا يقسم لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان فى أيديهما شئ سوى العقار يقسم من غير اقامة البينة لان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ والصيانة اه اتقانى رحمه الله (قوله قيل هذا) أى قال بعض المشايخ كذا فى الفوائد الظهيرية

يقض به بلا بينة لاحتمال انها فى يد غيرهما وان ادعيا أنها فى يد أحدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا على ذلك لكن ليس للقرآن ينازعه فى اليد لاقراره أنها فى يد صاحبه واقراره فى حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا أنها ليست فى يد صاحبه فنكل أحدهما ولو نكلا جعل فى يد كل منهما نصفها الذى فى يد صاحبه لصحة اقراره فى حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها و برئ كل منهما عن دعوى صاحبه وان أقام أحدهما البينة انها فى يده قضى له باليد فيها و يكون الآخر خارجا وكذا ان لبن أحدهما أو بنى أو غرس أو فعل شيأ آخر مما يدل على أنها فى يده وان أقاما البينة على اليد قضى بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا قول أبى حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة اذا كانت دار فى أيديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى يقيموا البينة أنه مات وتركها ميراثا بينهم والله أعلم بالصواب

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لاقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهى أم ولده و يفسخ البيع و يرد الثمن وان ادعاه المشترى معه أو بعده) وقال زفر والشافعى لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر الباطل ظاهرا فصار فى دعواه مناقضا وساعيا فى نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى فصار كما لو ادعاه أبو البائع أو ادعى هو اعتاقها أو تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة لاقل من ستة أشهر لانه بمنزلة اقامة البينة بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له أو قد يظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فيعذر فى التناقض كالزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب كاللعان وكالمختلعة تقيم البينة أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض فى الدعوى للخفاء عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم يتيقن بكذبه فى الكلام الاول لاحتمال كذبه فى الثانى فلا ينتقض البيع بالاحتمال حتى لو أقام البينة بالاعتاق أو التدبير تقبل بينته لتيقننا كذبه بثبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لان شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما بينا من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البائع استندت الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا و يرد الثمن لبطلان البيع ولان المشترى

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال الاتقانى لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع فى بيان دعوى النسب وقدم الاول لكونه أهم لكثرة وقوعه اه ثم قال الاتقانى والدعوة الى الطعام بفتح الدال والدعوة فى النسب بالكسر هذا أكثر كلام العرب فأما عدى الرباب فيفتحون فى النسب و يكسرون فى الطعام كذا رأيت فى أمالى ثعلب وكذا ذكر الجوهرى أيضا اه (قوله طلقها ثلاثا قبل الخلع) لها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الطلاق عليها من غير علمها اه عمادى

(قوله أو بعده) وانما ذكر الضمير بتأويل الادعاء أو بحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اه من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته فى الام) قال الاتقانى ثم اذا مات (٣٣٠) الولد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتداء للميت ولا عليه واذا لم يثبت

لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانها استندت الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن فى ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل فى ملك المشترى فصار المشترى كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده عما اذا ادعاه المشترى قبله لانه اذا ادعاه المشترى أولا ثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضا لحاجته الى النسب والى الحرية وثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشترى ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استلحاق النسب البائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد) يعنى اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل فى الباب والام تبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أولا فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون الام وهى تدخل تبعا فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح دعوته فى الام لان الحكم لا يثبت فى التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند أبى حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى لان ماليتها غير متقومة عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ماليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهى الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغى أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله قال رحمه الله (وعتقهما كموتهما) أى اعتاق المشترى الام والولد كموتهما حتى لو أعتق المشترى الام دون الولد فادعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمنع الدعوى دون الام كما قلنا فى الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشترى ولان البائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشترى حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع

النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بحالها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى أعتق الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محلية الدعوى بالهلاك إذ النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل الفسخ فتعذر تصحيح الدعوة فى الولد واذا لم يصح فى حق الولد لم يصح فى حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشترى على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشترى نصف قيمته ثم ادعاه البائع فانه يصدق على الدعوة ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق فى حقها وكذلك لو كان القطع فى الام وكذا لو كان رجل فقأ عينى الولد فدفعه المشترى وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع فدعوته جائزة ويرد الثمن على المشترى ويرجع الجانى على المشترى بالقيمة التى أعطاها ولا يكون للعينين أرش على الجانى وقال أبو يوسف ومحمد على فيثبت الجانى ما نقصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب فى مقابلة الجثة عند أبى حنيفة فيشترط سلامتها للجانى وقد تعذر وعندهما فى مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيصير بالضمان وكذلك لو فقأ عين الام اه (قوله ثم ان قام هذا المانع) أى وهو الاعتاق أو التدبير اه

(قوله فكذا العتق) قال فى شرح الكافى ولو كاتب الام أو باعها أو وهبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها أبطلت جميع ذلك ورددتها الى البائع لان هذه التصرفات مما يحتمل النقض بعد صحتها فلأن ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلا أولى اه اتقانى (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقانى أى لا يلزم من عدم صحة الاستيلاد عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كما فى ولد المغرور فانه حر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع فى الاسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقانى وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية فى هذا الى ما ذهب اليه

فيثبت نسبه من البائع ولا تصير أمه أم ولده لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغى أن يبطل اعتاق المشترى لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فلم يملكها المشترى فيبطل الاعتاق كما لو ولدت المبيعة ولدين فى بطن واحد فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى لانه لم يملكه ضرورة أنهما خلقا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت فى ولد المغرور وفى ولد الامة المنكوحة ولا تصير أم ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لاحدهما من الاحكام ثبت للآخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشترى فى الام قبل البيع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا وذكر الفرق لابى حنيفة رحمه الله فى المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق أن فى الاعتاق القاضى كذب البائع فيما يزعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى ولم يفسخ البيع بينهما فبقى البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبرا فى حقه اذ لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفى الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل هنا المولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض فى المعنى وفى الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة أو لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند أبى حنيفة رحمه الله كما فى فصل الموت لان أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لاكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلوق فى ملكه بيقين وهو المحمل الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا أن العلوق لم يكن فى ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة أم ولده لان العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا ينفذ الا فى الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير والثانى أن تلد لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المحصح فيه بيقين فلم يصح الا أن يصدقه المشترى فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة أم ولده تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فيتبين أنه باع أم ولده وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد فتستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب يدعى

شمس الائمة السرخسى وسماه الصحيح ولكن هذا على خلاف ما نص عليه محمد فى الجامع الصغير وغيره وقد مر آنفا اه (قوله ولا تصير الامة أم ولده) أى لان بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق فى ملكه لان البائع لا يدعى ذلك وكيف يدعى والولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع واذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع تكون دعواه هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهله اه (قوله فلا ينفذ الا فى الملك) أى فلم يعتق الولد اه (قوله ثم اعلم أن الدعوة هنا الخ) قال الاتقانى رحمه الله ثم اعلم أن الدعوة على ثلاثة أوجه دعوة استيلاد ودعوة ملك ودعوة شبهة أما دعوة الاستيلاد فانها دعوة قوية تنفذ فى الملك وغير الملك بشرط أن يكون أصل العلوق فى ملكه لان الحرمة تستند الى وقت العلوق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود اذا كان محلا للفسخ و ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة الملك أن لا يكون أصل العلوق فى الملك وتنفذ فى الملك ولا تنفذ فى غير الملك لان الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى فى العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك كدعوة الاب ولد جارية ابنه وانما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائما فى الجارية والولد من وقت العلوق الى وقت الدعوة لان حق التملك ثبت له بحكم ولاية التصرف فى ماله لانه لا ملك للاب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق ثبت له فى مال الابن مقتضى الدعوة سابقا عليه ثم يستند الى وقت العلوق كما فى حقيقة الاستيلاد فيثبت له الملك فى مال ابنه سابقا على الاستيلاد تصحيحا له

فلابد من قيام ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة ليثبت له الحق فى ماله تصحيحا للدعوة ثم اعلم أن البائع أو المشترى اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع أو جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشترى أو هما جميعا معا أو على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادعاه البائع وكذبه المشترى صحت دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعى حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشترى ان كان نقده وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذبه المشترى وهو القياس وهو قول الشافعى كذا ذكر خواهر زاده فى مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشترى فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولان اقدامه على البيع اعتراف بان الولد عبد فصار مناقضا فى دعوته ودعوى المناقض مردودة ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعاه بعدما ادعاه المشترى أو أعتقه المشترى أو جاءت به لستة أشهر فصاعدا وجه الاستحسان أن علوق الولد فى ملك المدعى بيقين بمنزلة البينة العادلة حكما فى حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم ولد له استدلالا بالاب ادعى جارية ولد ابنه صح دعوته وان كذبه الابن اذا علم العلوق فى ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك فى مال الابن والبائع حقيقة ملك والتناقض معفو لمكان الخفاء فى النسب واذا صح دعوة الاستيلاد رد البيع لانها تستند الى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشترى يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما اذا أعتق المشترى أو ادعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو دبرها لانه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لا حقيقة ولا حكما وفيما نحن فيه العلوق فى ملكه بيقين صار كالبينة حكما وان لم توجد البينة حقيقة ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا لعدم البينة لا حقيقة ولا حكما فاعتبر ذلك اقرارا محضا على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشترى وحده صحت دعوته لان دعوة المشترى دعوة تحرير حتى كان للمشترى ولاء على الولد كما لو أعتقه والمشترى يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فان ادعيا جميعا ان خرج الكلامان معا فدعوة البائع أولى لانه سابق معنى فيعتبر كما لو كان سابقا حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بأن ادعى أولا ثم ادعى المشترى صح دعوة البائع ولم يصح دعوة المشترى فكذا هذا وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلوق (٣٣٢) ودعوة التحرير يقتصر على الحال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان كان السابق هو البائع فلما ذكرنا وان كان هو المشترى فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه أربعة فان ادعاه البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشترى لان علوق الولد لما لم يتيقن فى ملكه صارت دعوته ودعوة أجنبى آخر سواء الا أن الفرق بين البائع والاجنبى أن المشترى اذا صدق الاجنبى يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبدا ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لم يثبت علوق الولد فى ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد وينتقض البيع لحصول العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمل العلوق أولى ويجب أن يكون دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعيا معا أو سبق دعوة أحدهما صح دعوة المشترى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى فاما اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا يصح الا بتصديق المشترى لانه لو ادعى فيما اذا جاءت به لستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق فى ملكه وهنا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلوق فى ملكه أصلا وان صدقه المشترى صحت الدعوة وثبت النسب كما فى الاجنبى الا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولد له ويبقى الولد عبد المشترى وهو ثابت النسب من البائع وان ادعيا معا أو سبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشترى لان البائع كالاجنبى وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر فصاعدا ما بينها وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى صح لان أكثر ما فى الباب أن علوق الولد فى ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان سبق أحدهما صاحبه فى الدعوى ان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشترى لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى اثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعيا معا فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبد المشترى لانه وقع الشك فى ثبات النسب من كل واحد منهما لانه ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشترى و يثبت من البائع وان كان لستة أشهر أو لاكثر من سنتين ثبت من المشترى ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعى يثبت منهما لأنه

جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور فى موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة اما أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله

تعالى

لما وقع الشك كان الاثبات أولى لما فيه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده فى مبسوطه اه (قوله فى المتن ومن ادعى نسب أحد التوأمين) قال فى المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا كان الولد الخ) من هنا الى قوله والمسائل محله عند قول المصنف فى المتن على وقبلى اقرار بدين بمخروم من نسخة الشارح اه (قوله هذا اذا كان أصل العلوق الخ) قال شيخ الاسلام علاء (٣٣٣) الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا ولدت أمة الرجل ولدين فى بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه ولا ينتقض البيع ولا عتق المشترى أما ثبات النسب فلأنه لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثانى ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر وأما عدم انتقاض البيع فلأنه حدث فى المحل ما يمنع الانتقاض وهو الحرية لأنه تعذر اثبات الحرية بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه اه اتقانى (قوله لانهما لا يفترقان) فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر واعتاق أحد التوأمين ينفصل عن عتق الآخر فيقتصر هذا العتق على محل ولايته وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه فحسب وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين واشترى أبو المشترى الآخر ثم ادعى أحدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذه دعوة تحرير فينبغى أن يقتصر على محل ولايته لما أن أحدهما اما ان كان أبا المشترى أو ابن المشترى فان كان أبا المشترى فالابن ملك أخاه فيعتق عليه وان كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه كذا ذكره التمرتاشى نقله الشيخ الشلبى من خط قارئ الهداية اه (قوله فى المتن وان جحد) أى الغائب اه (قوله ان يكون الصبى ابنه) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الصبى يكون فى يدى الرجل قال هو ابن عبدى الغائب ثم يقول هو ابنى قال لا يكون ابنه أبدا وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشتراطه فى الكتاب) أى بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أى بأن هذا ابن فلان اه

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لما بينا وانما يعرف أنهما توأمان اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت بولد ثم جاءت بولد آخر لاقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثانى بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهى حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا ينفتح وهى حبلى الا لخروج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشترى بطل عتق المشترى) معناه اذا باع أحد التوأمين فأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذى لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى فيه لان دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرا الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق عما هو فوقه وهى الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبعه ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلوق فى ملكه وأما اذا لم يكن العلوق فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه وان كان المشترى قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك فلا على كه الامن علك الانشاء فلهذا شرط لنزول العتق عليه أن يكون فى ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الاصل فتبين أنه باع حرا قال رحمه الله (صبى عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه وان جحد أن يكون ابنه) معناه اذا كان صبى عند رجل فقال الرجل الذى عنده الصبى هذا الصبى ابن فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه أبدا وان جحد فلان الغائب أن يكون الصبى ابنه ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبى فى يده واشتراطه فى الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كأن لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار عما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار عما يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحول اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفى النسب عن نفسه أو انكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعد ما أن قال ليس هو بابنى ثم قال هو ابنى فكذا هذا ولهذا يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفى النسب عنه

(قوله ولابي حنيفة أن النسب الخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يحتمل النقض فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك وانما قلنا انه لا يحتمل النقض لان في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب ولهذا لو عاد المقر له الى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه اه (قوله وادعياه معا) وبه صرح

بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر حرا ولا يرتد باقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا الولد تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب ألزم من الولاء فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا اذا ارتدت معتقته والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت وأعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبد الأصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا عنده وعندهما يشترط أن لا يرد المقر له النسب بان يسكت أو يقر به ميت أو لغائب لا يعرف قال رحمه الله (ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني) أي لو كان الصبي في أيديهما فادعى النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعياه معا كان حرا ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيما الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغي أن يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا أوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه قال رحمه الله (وان كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشاركه لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه قال رحمه الله (ولدت مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله

في الفوائد الظهيرية وفيه اشارة الى أن دعوة المسلم لو سبقت يكون عبد المسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم اه (قوله حيث يكون المسلم فيه أولى) وهذا عندنا وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله في المتن وان كان صبي في يد زوجين الخ) قال التمرتاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال الرجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت ابني منك من نكاح وقال من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وان كان يعبر) أي وليس هناك رق ظاهر اه اتقاني (قوله في المتن ولدت مشتراة الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها عنه فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم تخاصم ان جاء والولد حي وان جاء والولد قد مات فلا شيء على المشتري فان جاء وقد مات الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شيء على الاب وان قتل الولد فأخذ الوالد ديته فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا اذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقاني

والمغرور من يستولد امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة وولده حر باجماع الصحابة ثم قال الاتقاني ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو مأذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب اه (قوله ولا ولاء للمستحق عليه) أي على الولد اه (قوله في المتن فان مات الولد لم يضمن الاب) أي وهو المشتري اه (قوله لو مات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتقاني ثم ان جاء المستحق بعد ما مات الولد وترك

عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور معذور لانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مهما أمكن مراعاة لحقهما وذلك بأن يجعل الولد حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه انما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول ويجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعدو موضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها أو بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة أنها له لانه ظهر له أنها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البينة أنه تزوجها على أنها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيأ لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها لان البائع صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبائع وجب أن يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كأنه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعوى باطل فأنا ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها منه كأخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على أنها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد أو يقال ما لزمه من الضمان انما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

عشرة آلاف ورثه أبوه لما مر أنه علق حرا في حق المستولد ولا يغرم الاب قيمة الولد لانه لم يمنع الولد والميراث ليس ببدل عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ولو قتل الاب الولد يغرم قيمته للمستحق لانه منعه منه وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته يضمن قيمته لان سلامة البدل كسلامة الولد ومنعه كمنعه وان لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا لا حقيقة ولا حكما كذا ذكر فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ويغرم الواطئ العقر للمستحق لانه وطئ ملك الغير بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لان الوطء في هذا بمنزلة جزء أتلفه منها وتناوله لنفسه فلا يرجع به على غيره كما لو قطع يدها لم يرجع به على غيره وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال واذا أبقت الامة فأتت رجلا فأخبرته أنها حرة وتزوجها على ذلك بنكاح صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة أنها أمته فقضى بها له فانه يقضي بالولد أيضا للمولى الجارية الا أن يقيم الزوج البينة أنه تزوجها على أنها حرة فان أقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسألة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغترارا منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فأما اذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرورا فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه وجعلت على أبيه قيمته يوم قضى به له دينا في ماله دون مال الولد اه

الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشئ لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع عا لزمه من العقر على البائع وعند الشافعى رحمه الله يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد وعند الشافعى رحمه الله يرجع لان الغرور قد تحقق لمنعه بايجابها الملك له فيها واخباره أنها مملوكته قلنا مجرد الغرور لا يكفى للرجوع فان من أخبرانسانا ان هذا الطريق آمن فسلكها فأخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشئ بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل و بخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له ماهو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البائع الثانى بالثمن وبقيمة الولد و يرجع المشترى الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يرجع عليه بقيمة الولد أيضا لان البائع الاول ضمن للثانى سلامة الولد فى ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما فى الثمن والرد بالعيب ولابى حنيفة رحمه الله أن البائع الاول ضمن لمشترى سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشترى منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثانى لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثانى لمباشرته باختياره فينقطع به تسبب الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن البائع الثانى سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبائعه الثمن و بخلاف الرد بالعيب لان المشترى الاول استحقه سليما ولم يوجد

والله أعلم
بالصواب
م

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار ﴾

(قوله لانه ضمان لزمه بفوت السلامة) أى المستحقة فى العقد كما يرجع بقيمة الولد اه ﴿فرع﴾ قال الاتقانى وقد ختم كتاب الدعوى فى الجامع الصغير بقوله واذا قالت المرأة أنا أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلاف الرجل ليس لها ذلك فى قول أبى حنيفة خاصة لان أمومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليمين فى النسب اه

